

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANTONIO CEZAR QUEVEDO GOULART FILHO

RELAÇÃO AVOENGA:
Apreensão jurídica e expressão eficaz na senda das vulnerabilidades

CURITIBA
2016

ANTONIO CEZAR QUEVEDO GOULART FILHO

RELAÇÃO AVOENGA:

Apreensão jurídica e expressão eficaz na senda das vulnerabilidades

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

CURITIBA
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

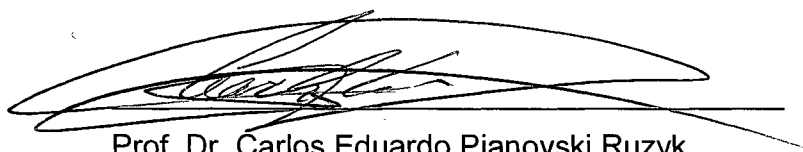
ANTONIO CEZAR QUEVEDO GOULART FILHO

RELAÇÃO AVOENGA:

Apreensão jurídica e expressão eficaz na senda das vulnerabilidades

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, no curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

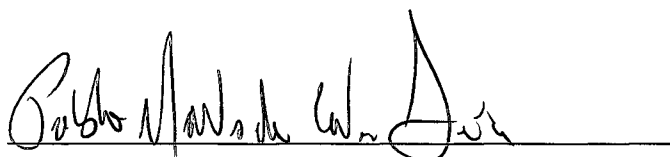
Orientador:



Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk
Universidade Federal do Paraná



Prof.ª Dr.ª Ana Carla Harmatiuk Matos
Universidade Federal do Paraná



Prof. Dr. Pablo Malheiros da Cunha Frota
Universidade Federal de Goiás e FURB

Curitiba, 30 de março de 2016.

Para Cezar, Denise, três Marias e um João

Pela inspiração da prática de uma relação
tão complexa e tão preciosa,

Obrigado, pais e sobrinhos amados.

AGRADECIMENTOS

Expressar meus agradecimentos depois dos últimos dois anos, em que toda a minha criatividade e energia vêm sendo despendidas em trabalhos, acadêmicos e profissionais, se torna uma tarefa um tanto quanto árdua. No entanto, não posso deixar de registrar minha gratidão a quem tem me acompanhado nestes momentos.

Primeiramente a Deus, por sempre ter sido tão bom e me dado todas as oportunidades de crescimento que pude aproveitar, mas também por ter me dado fôlego quando o meu ânimo já falhava.

A minha companheira de todas as horas, Jaqueline, minha amada esposa, quem aguentou frequentes desabafos, noites em claro, estresse e dificultoso conciliação dos afazeres acadêmicos com os compromissos para celebração do casamento, sempre com palavras e gestos de carinho e ternura.

A meus pais, Denise e Antonio, que sempre me deram e ainda me dão todo o afeto, o suporte, o apoio e o incentivo para que eu corra essa carreira e saia dela vitorioso. Este escrito é apenas mais um trecho dos muitos a percorrer, mas não teria chegado até aqui sem vocês.

Aos meus estimados amigos, Eduardo, Felipe, Douglas, Diogo e Viviane, que, ainda que um pouco distantes pelos afazeres da vida, não deixam de ser pessoas preciosas para mim.

Passando da esfera pessoal para a acadêmica, não posso deixar de agradecer primeiramente ao Professor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, pelos valiosíssimos ensinamentos, tanto na disciplina do Mestrado como nas orientações da presente dissertação, que contribuíram muito para o conhecimento do Direito Civil adquirido por este acadêmico. Certamente ainda há muito a crescer, mas a boa semente foi plantada.

Ao lado destes, devo mencionar também professores e colegas do grupo de pesquisa Virada de Copérnico, que muito contribuíram nestes anos de Graduação, Especialização e Mestrado: Ana Carla Harmatiuk Matos, Ricardo Lucas Calderón, Marcos Alves da Silva, Marília Pedroso Xavier, Luciana Pedroso Xavier e Pablo Malheiros da Cunha Frota. Em especial à primeira, por ter sido quem me guiou nos primeiros passos do Direito Civil e me orientou na monografia de conclusão da graduação, bem como pelos preciosos apontamentos feitas em banca, e ao último,

pelas valiosas críticas a este trabalho desde sua fase embrionário (no projeto de pesquisa) até sua conclusão (na banca de Mestrado), mas todos merecem sinceros agradecimentos pelas excelentes aulas, conversas e dicas sobre o mundo acadêmico e profissional.

Por fim, gostaria ainda de agradecer às Promotoras de Justiça Karla G. da S. Freitas Violato e Michele R. M. Zardo, pelas oportunidades profissionais e pelas proveitosas conversas sobre a atuação na carreira do Ministério Público.

RESUMO

Trouxe o presente trabalho um exame dos efeitos jurídicos das relações entre avós e netos a partir da análise das vulnerabilidades. Para tanto, foi necessário fazer prévia análise sistemática de tais relações, tanto jurídica como a partir do olhar outras áreas do conhecimento, servindo-se das noções de parentesco, a fim de delimitar qual a apreensão jurídica da relação avoenga e quais os princípios jurídicos de Direito das Famílias informadores de sua regulação pelo Direito, em especial os princípios da igualdade e da solidariedade. A partir disso, possibilitada a análise da vulnerabilidade, assumida, em seu aspecto relevante ao Direito, como uma característica de determinados sujeitos, analisou-se duas categorias que figuram nos polos dessa relação jurídica: netos como crianças/adolescentes – posteriormente passando pela juventude – e avós como idosos. Por fim, lançadas as premissas, discorreu-se sobre os efeitos jurídicos peculiares da relação avoenga na ambiência do Direito de Família: direito à convivência familiar a partir de sua fundamentalidade para o desenvolvimento e integridade psicofísica dos sujeitos; possibilidade jurídica de reconhecimento e sanção da alienação parental dentro da relação avoenga; problematização da inserção do neto na família avoenga mediante adoção ou outras figuras de colocação em família substituta; alimentos prestados por avós e netos; possibilidade jurídica da investigação de relação avoenga.

Palavras-chave: Direito de Família; relação avoenga; parentesco; vulnerabilidade; criança e adolescente; idoso; direito à convivência familiar; adoção por avós; guarda por avós; alimentos avoengos; investigação de relação avoenga.

RESUMEN

El presente trabajo ha traído un examen de los efectos jurídicos de las relaciones entre abuelos y nietos, a partir de la análisis de las vulnerabilidades. Para tanto, fue necesario hacer previa análisis sistemática de tales relaciones, tanto jurídica como a partir de la mirada de otras áreas del conocimiento, sirviendo-se de las nociones de parentesco, a fin de delimitar cual la comprensión jurídica de la relación de abuelidad y cuales los principios jurídicos de Derecho de las Familias informadores de la su regulación por el Derecho, en especial los principios de la igualdad e de la solidaridad. A partir de eso, posibilitada el análisis de la vulnerabilidad, asumida, en su aspecto relevante al Derecho, como una caracterpística de determinados sujetos, ha examinado las dos categorías que figuran en los polos de esta relación jurídica: nietos como niños/adolescentes – posteriormente pasando por la juventud – y abuelos como ancianos. Por fin, lanzadas las premisas, ha discurrido sobre los efectos jurídicos peculiares de la relación de abuelidad en el ambiente del Derecho de Familia: derecho a la convivencia familiar a partir de su fundamentalidad por el desarrollo y la integridad psicofísica; posibilidad jurídica del reconocimiento y sanción de la alienación parental dentro de la relación de abuelidad; problematización de la inserción del nieto en la familia abuela por adopción o por otras formas de colocación en familia sustituta; alimentos prestados por abuelos y nietos; posibilidad jurídica de la investigación de relación de abuelidad.

Palabras clave: Derecho de Familia; relación de abuelidad; abuelidad; parentesco; vulnerabilidad; niño y adolescente; anciano; derecho a la convivencia familiar; adopción por abuelos; custodia por abuelos; alimentos por abuelos y nietos; investigación de relación de abuelidad.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PARENTESCO E RELAÇÃO AVOENGA	16
2.1 RELAÇÕES AVOENGAS E SUA INSERÇÃO NO DIREITO DAS FAMÍLIAS	16
2.2 RELAÇÕES DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEAS, A “FAMÍLIA EUDEMONISTA” PARA ALÉM DA FAMÍLIA NUCLEAR: A SITUAÇÃO AVOENGA.....	28
2.3 OS PRINCÍPIOS DE DIREITO DAS FAMÍLIAS E A RELAÇÃO AVOENGA.....	58
3 VULNERABILIDADE, DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DIREITOS DO IDOSO	71
3.1 NOTAS SOBRE A VULNERABILIDADE	71
3.2 VULNERABILIDADE, PRINCÍPIOS DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A SITUAÇÃO DOS NETOS.....	80
3.3 DIREITO DOS JOVENS E UMA VULNERABILIDADE MITIGADA	98
3.4 VULNERABILIDADE, PRINCÍPIOS DO DIREITO DO IDOSO E A SITUAÇÃO DOS AVÓS	104
4 EFEITOS DA RELAÇÃO AVOENGA	119
4.1 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR	119
4.2 A ALIENAÇÃO PARENTAL E OS AVÓS	125
4.3 ADOÇÃO POR AVÓS E OUTRAS FORMAS DE COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA.....	135
4.4 ALIMENTOS AVOENGOS	151
4.5 INVESTIGAÇÃO DE ANCESTRALIDADE	164
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	179
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	183

1 INTRODUÇÃO

As relações entre avós e netos vem recebendo cada vez mais importância no Direito das Famílias. Seja na perspectiva dos netos, como crianças e adolescentes com direito à convivência familiar tida como necessidade à sua condição de pessoa em desenvolvimento, seja na perspectiva dos avós, como idosos com direito à convivência familiar reconhecida para que possa ter um envelhecimento saudável.

A relação avoenga é caracterizada pela presença, ainda que não concomitante, da vulnerabilidade em ambos os polos da relação. Os netos nascem crianças e se tornam adolescentes, enquanto que os avós, se ainda não são idosos quando do nascimento de seus descendentes, o serão posteriormente. Da constatação de que há vulnerabilidade tanto por parte dos netos como dos avós decorrem diversas implicações jurídicas a serem exploradas.

Os direitos da criança e do adolescente já vêm há muito tempo recebendo reconhecimento. Data de 1959 a Declaração dos Direitos da Criança. No Brasil, a Constituição de 1988 consagrou a Doutrina da Proteção Integral¹, embora já datando de momentos pretéritos decisões judiciais que visavam a real proteção do “menor” nos conflitos familiares².

Os direitos do idoso, por sua vez, vem obtendo um reconhecimento apenas recentemente. Data de 1982 o Plano Internacional de Ação sobre o Envelhecimento (“Plano de Viena”). No Brasil, a Constituição já reconhecia o amparo ao idoso, mas a

¹ “Assim, a doutrina da proteção integral encontra estreita consonância com a cláusula de tutela da pessoa humana, a qual tem em seu conteúdo não apenas uma conduta omissa do intérprete – de respeitar o crescimento da criança e do adolescente –, mas, principalmente, um comportamento comissivo, de modo que os responsáveis possam promover a personalidade do menor.

Justifica-se a doutrina da proteção integral, principalmente, na razão de se acharem em peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento, isto é encontram-se em situação especial de maior fragilidade e vulnerabilidade, que autoriza atribuir-lhes um regime especial de proteção, para que consigam se estruturar enquanto pessoa humana e se autogovernar.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 154.)

² Conforme Waldyr Grisard Filho, data de 1986 o primeiro estudo acerca da licitude da guarda compartilhada em nosso ordenamento, do então juiz de direito do TJRS Sérgio Girchokow Pereira. Grisard Filho ainda aponta que, mesmo não havendo texto normativo expresso, “a guarda compartilhada mostrava-se lícita e possível em nosso direito, como o único meio de assegurar uma estrita igualdade entre os genitores na condução dos filhos, aumentando a disponibilidade do relacionamento com o pai ou mãe que deixa de morar com a família” (GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 164).

legislação que veio regulamentar pormenorizadamente os direitos desta classe de pessoas só veio no ano de 2003, o Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/2003). E, ao contrário do que aconteceu com crianças e adolescentes, a Constituição não trouxe para o idoso regras com alta densidade normativa, se limitando a editar princípios (salvo a regra da gratuidade em transportes públicos do art. 230, §2º).

Pode-se apontar diversos fatores que convergem para a maior valorização do idoso. Os dois principais, talvez, sejam o “envelhecimento” da população mundial como um todo e a do Brasil – ou seja, o aumento na proporção de idosos – e o aumento na expectativa de vida, não se tratando apenas de um aumento quantitativo (mais anos de vida³), mas também de um qualitativo (aumento de anos com saúde⁴).

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE aponta alguns dados interessantes para análise do contexto brasileiro. Pelo Censo 2010, apurou-se que cerca de 21,9% (vinte e um inteiros e nove décimos por cento) dos lares são mantidos por pessoas de 60 anos ou mais⁵. Ainda, pelo Censo 2010, cerca de 4,9% (quatro inteiros e nove décimos por cento) dos residentes nos lares brasileiros são netos, na condição de dependentes⁶, o que representa a atuação expressiva dos laços avoengos - nas relações familiares – comparativamente, irmãos e irmãs dependentes

³ “A representatividade dos grupos etários no total da população em 2010 é menor que a observada em 2000 para todas as faixas com idade **até 25 anos**, ao passo que os **demais grupos etários** aumentaram suas participações na última década. O grupo de crianças de **zero a quatro anos** do sexo masculino, por exemplo, representava 5,7% da população total em 1991, enquanto o feminino representava 5,5%. Em 2000, estes percentuais caíram para 4,9% e 4,7%, chegando a 3,7% e 3,6% em 2010. Simultaneamente, o alargamento do topo da pirâmide etária pode ser observado pelo crescimento da participação relativa da população com **65 anos ou mais**, que era de 4,8% em 1991, passando a 5,9% em 2000 e chegando a 7,4% em 2010”. (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Primeiros resultados definitivos do Censo 2010: população do Brasil é de 190.755.799 pessoas**. Disponível em:

<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1866&id_pagina=1>. Acessado em 03 de outubro de 2012)

⁴ “Um factor comum parece destacar-se: a existência de atitudes diferentes em função das personalidades e, sobretudo, a procura do bem-estar como sentido destacável para a vida. Encontramos sujeitos com maior independência, com grande margem de autonomia e, ao mesmo tempo, interessados em diferentes aspectos da realidade, desde a política até aos avanços das novas tecnologias, novas formas de participação e de modelos de consumo, ao que se associa um alto nível de actividade que os idosos desenvolvem, apesar de não serem remunerados.” (OSORIO, Agustín Requejo. Os idosos na sociedade actual. In: _____; PINTO, Fernando Cabral (coord.). **As pessoas idosas: contexto social e intervenção educativa** (Traduzido por Susana Silva e Rui Martins). Lisboa: Piaget, 2007, p. 14.)

⁵ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010: características da população e domicílios**, p. 100. Disponível em:

<http://www.ibge.gov.br/english/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_da_populacao/resultados_do_universo.pdf>. Acessado em: 03 de outubro de 2012.

⁶ IBGE. *Op. cit.*, p. 100.

correspondem a 1,8% (um inteiro e oito décimos por cento) e outros parentes chegam a 2,0% (dois por cento). Os avós ou avós aparecem muito menos nesta condição, de dependentes dos netos, na proporção de apenas 0,1% (um décimo por cento).

Percebe-se, dos dados estatísticos levantados pelo Instituto, que as relações entre avós e netos ganham proporções sociais significativas. A preocupação jurídica com estas relações começa a tomar corpo.

Cite-se a recente Lei n.º 12.398/2011 que, alterando o Código Civil e o anterior Código de Processo Civil⁷, trouxe previsão expressa de possibilidade de extensão do direito de visitas aos avós, no interesse dos netos crianças e adolescentes.⁸

A importância dos avós é tamanha que não foram esquecidos nem no tratamento dado ao fenômeno da alienação parental (Lei n.º 12.318/2010). O legislador não esqueceu nem de incluí-los como alienadores (art. 2º, *caput*), nem de incluí-los como alienados (art. 2º, parágrafo único, alíneas VI e VII). Ou seja, não foi ignorado que avós podem militar contra os genitores para afastá-los do convívio da criança e do adolescente, bem como também foi pensado na hipótese de eles serem afastados do convívio dos netos contrariamente aos interesses destes.

Mas não apenas no interesse dos netos é que se pode pensar no tratamento jurídico das relações avoengas.

Se é verdade que a criança e o adolescente devem ser sempre priorizados (princípio da prioridade absoluta⁹) e que seus interesses devem *prima facie* prevalecer

⁷ A mudança dizia respeito à medida cautelar de fixação de guarda e respectiva fixação de visitas ao pai ou mãe não guardião, passando a poder ser estendida aos avós, nos termos do art. 888, inciso VII. O atual Código de Processo Civil deixou de prever o processo cautelar, não havendo mais menção, na legislação processual, à visitação avoenga.

⁸ Em verdade, a lei trata de alerta legislativo para a existência do direito, mas o direito de visita dos avós já se amparava no direito à convivência familiar. Já opinava Euclides de Oliveira, antes da referida lei de antanho: “Em suma, a falta de estipulação expressa na lei civil não afeta o direito de visita dos avós aos netos, quando todo o sistema jurídico se inclina em favor dessa aproximação” (OLIVEIRA, Euclides. Direito de visitas dos avós aos netos. In: NUNES, João Batista Amorim de Vilhena. **Família e sucessões**: reflexões atuais. Curitiba: Juruá, 2009, p. 196). Fábio Maria de Mattia relata a existência de julgados sobre o tema, inclusive um datado de 1952: “A doutrina e a jurisprudência nacionais, porém, reconhecem o direito de visita dos avós. Entre os julgados favoráveis podemos citar RT 187/892; 258/545; 463/84; Ementário Forense, junho, 1952, ano VI, n. 43; Ementário Forense, novembro 1954, ano VI, n. 72; Ementário Forense, agosto, 1956, ano VIII, n. 93 e Íncola F-14, 485/69-14” (MATTIA, Fábio Maria de. Direito de visita de avô. In: **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15, ano 5, jan./mar 1981, p. 15).

⁹ “... o que significa que se sobrepõe a outras prioridades estabelecidas pelo legislador, como é o caso daquela conferida às pessoas idosas ou aos cidadãos portadores de necessidades especiais, entre outras”. (KREUZ, Sérgio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento constitucional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 70).

sobre os demais que entram em rota de conflito (princípio do melhor interesse da criança¹⁰), não se pode deixar de pensar que os idosos também gozam de especial proteção do Estado e da sociedade.

E a relação avoenga tem esta nota especial, de contar com pessoas a serem protegidas dos dois lados por suas especiais condições. Em verdade, se pode mencionar uma transição do enfoque da proteção. Pois, via de regra, quando o neto nasce, ele conta com a total tutela destinada à criança, enquanto seus avós ainda não serão idosos. À medida que vai se desenvolvendo, o neto vai reduzindo as necessidades de proteção concreta, pois transita de criança a adolescente, de adolescente a jovem e de jovem a adulto. Por outro lado, seus avós, que antes eram adultos plenamente saudáveis, passaram por um processo de envelhecimento, que vai lhes tolhendo capacidades psicofísicas (menor mobilidade, menor força física, redução na memória, sem mencionar as possíveis doenças decorrentes da idade).

Assim, a “balança” vai pendendo para o lado dos avós conforme passa o tempo. E nessa perspectiva é que se fala na possibilidade de pleito de alimentos pelos avós idosos, com diferenciações processuais que o tornam mais efetivo.

Neste sentido, cabe mencionar a solidariedade intergeracional, explicitada no “Plano de Viena”, na Recomendação n.º 25: “Os governos devem promover políticas sociais que incentivem a manutenção da solidariedade entre as gerações”¹¹.

O tema do direito dos avós pouco é tratado por nossa literatura jurídica. Encontram-se alguns artigos esparsos, em especial sobre o tema do direito de visita dos avós, ainda mais com a recente lei que o consagrou expressamente em legislação infraconstitucional.

Mas a relação avoenga apresenta muito maior complexidade, havendo múltiplos aspectos para análise. Previamente à abordagem especificamente

¹⁰ “Portanto, a prioridade para o interesse da criança e do adolescente determina que a balança penda sempre para a tutela deste antes dos demais ou deste em prejuízo dos demais. Ainda que outros interesses legítimos possam ser opostos ao da criança, esta tem verdadeiro direito subjetivo, que deve ser defendido em detrimento dos interesses, ainda que legítimos, dos demais”. (BITTENCOURT, Sávio. **A nova lei de adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 38)

¹¹ Ressaltam Giserman e Seixas ser esta uma orientação internacional, um “grande apelo da comunidade internacional no sentido de que devem ser estimulados os relacionamentos entre as diversas gerações, com especial menção às pessoas idosas” (GISERMAN, César; SEIXAS, Tatiana Rocha. O direito de visitação dos avós: a importância da manutenção dos vínculos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 168).

relacionada ao tema, no entanto, é necessário que se lancem alguns pressupostos jurídicos e extrajurídicos.

Primeiramente, faz-se necessário compreender a ambiência das relações regidas pelo Direito das Famílias, conjugalidade e parentesco. A análise, no entanto, não pode se restringir à internalidade do Direito, passando pelos aportes de outras áreas do conhecimento para definir o que vem a ser o parentesco. Esse passo é necessário para lançar os pressupostos teóricos necessários para caracterização de uma relação como avoenga.

O processo social de nuclearização da família brasileira e sua apreensão jurídica tiveram papel forte no silêncio acerca da relação avoenga. A abertura contemporânea do Direito para outros valores e princípios que embasam as formas de viver em família permitiram ultrapassar os estreitos limites impostos pela referência exclusiva na família nuclear.

Importa destacar qual o papel da principiologia e sua abertura, no âmbito do Direito das Famílias, às relações avoengas, procedendo-se à verificação dos efeitos que se irradiam para e amoldam o trato jurídico das relações entre avós e netos.

Nesta senda, é importante destacar que a principiologia constitucional deságua na proteção dos vulneráveis. Assim, adentrar-se-á especificamente no tema da vulnerabilidade. Trar-se-á, neste momento, noções para definição da vulnerabilidade como conceito relevante ao Direito, bem como elementos para compreender o que fundamenta um trato jurídico diferenciado a categorias vulneráveis, em especial a vulnerabilidade em razão da idade.

É necessário analisar os fundamentos fáticos e a principiologia jurídica incidente sobre cada uma das categorias vulneráveis em razão da idade, reconhecidas pela legislação *lato sensu*, que se encontram ou podem se encontrar em um dos polos da relação avoenga. Em um primeiro momento, a abordagem foi dedicada a crianças e adolescente*s. Após, fez-se necessária a perquirição da vulnerabilidade da categoria do jovem. Por fim, trata-se a categoria dos idosos, encerrando-se mais um capítulo da obra.

Lançados os pressupostos fáticos e principiológicos, importa analisar efeitos decorrentes da relação avoenga, tratando das especificidades que destacam em relação às demais.

Lourival Serejo fez boa introdução à abordagem jurídica do tema em seu artigo “Direito dos avós”, ao apontar modalidades de inclusão dos avós neste ramo do Direito

e dizendo que eles “não podem mais ser tratados como membros inúteis no seio da entidade familiar e na sociedade”¹². Vale dizer, o avô não é mais aquele membro a ser considerado à distância, apenas na perspectiva de parentesco mediato (é avô por ser pai do pai). Não há apenas os efeitos jurídicos mediatos decorrentes da ancestralidade, mas também há que se reconhecer efeitos aos vínculos afetivos, que cada vez se tornam uma realidade mais presente.

Serejo indica alguns problemas que podem ser analisados nas relações entre avós e netos: extensão da obrigação de alimentos aos avós, visitação e guarda dos netos, investigação de relação avoenga. Mas outros podem ser apontados.

Os avós se fazem presente no conceito de “família extensa” de que fala o Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo por isso família substituta preferencial no caso de criança ou adolescente em risco. No entanto, é vedada a adoção dos próprios netos, restando as modalidades de guarda e tutela para os progenitores.

Limita-se a doutrina a afirmar que o direito de visitação (melhor dito, com Paulo Lôbo, direito à convivência familiar) deve ser exercido no interesse dos netos, enquanto crianças e adolescentes. Mas e aos avós, enquanto idosos, não lhes é assegurado também o direito à convivência familiar? Não cabe falar em direito de visitação também para os idosos? Como se viu anteriormente, o pêndulo da proteção oscila dos netos para os avós, conforme a passagem do tempo.

Outro tema que será examinado é a possibilidade de demanda de alimentos, que pode se dar tanto de “baixo para cima” (netos pedindo aos seus ascendentes) como de “cima para baixo” (os avós pedindo aos seus netos).

Por fim, mencione-se a investigação de ancestralidade. Embora se entenda que a investigação de paternidade é personalíssima, o direito à descoberta da ascendência genética, consagrado no Estatuto da Criança e do Adolescente e com grandes efeitos nos direitos da personalidade, pode servir de suporte à possibilidade jurídica do pedido em uma investigação da criança em face dos avós.

Assim, tendo em conta essas peculiaridades da relação avoenga, o presente trabalho tem por objetivo dar conta das especificidades do tratamento jurídico da relação entre avós e netos na espacialidade do Direito das Famílias.

¹² SEREJO, Lourival. Direito dos avós. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 25, ano 13, dez./jan. 2012, p. 68.

2 PARENTESCO E RELAÇÃO AVOENGA

2.1 RELAÇÕES AVOENGAS E SUA INSERÇÃO NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

As relações avoengas, nos séculos XX e XXI, ganharam contornos muito próprios. A compreensão dessas transformações se passa num contexto mais geral de mudanças na família e sua apreensão jurídica. Para apreender a ampliação do que significa afirmar que alguém é avô, portanto, é imperioso que se entenda como o próprio critério de afirmação de uma relação como familiar mudou.

O art. 226, *caput*, da Constituição Federal traz grande destaque à família: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Ao reconhecê-la como base da sociedade e conferir-lhe especial proteção, admitiu sua grande importância social e jurídica. Não cuidou de definí-la, no entanto, o que, se evita a clausura e a exclusão sistêmica de determinadas formas de vivência, permite debate quanto à atribuição de sentidos a este significante tão caro ao Direito Civil.

Cuidou referido artigo, é certo, de albergar em seus parágrafos três formas específicas de vivência: o casamento, a união estável e a família monoparental. Assim, inevitavelmente se reconhece tais entidades como família, havendo, como dito, debate em torno da abertura ou da clausura do rol de entidades a serem tidas como familiares.

Daí se deduz uma importante discussão prévia, mais ou menos implícita, que diz respeito a qual seria o critério, ou quais seriam os critérios, que nos permitiria aduzir o que vem a ser ou não família do ponto de vista jurídico. Para alguém que se propusesse a defender a taxatividade, poderíamos dizer que o critério seria tão somente a previsão na Constituição ou, ao menos, em Lei *lato sensu*. Mas o Direito das Famílias contemporâneo não parece se contentar com a taxatividade das entidades familiares, de modo que há que se ter outras balizas.

Paulo Luiz Netto Lôbo estabelece alguns critérios sem os quais não há família do ponto de vista jurídico, quais sejam, afetividade, ostensibilidade e estabilidade. No entanto, no próprio texto se vislumbra que tais critérios não são o bastante, pois reconhece que a Lei coloca como entidades familiares, para determinados fins, certas formas que não se encaixam nos três requisitos, como a proteção do bem de família

do solteiro e a proteção aos dependentes econômicos do locatário na Lei de Locações¹³. Ademais, a afetividade não parece ser um requisito para constituição de família: se, em determinados casos, a afetividade ontológica permite o reconhecimento de entidades familiares (como na filiação socioafetiva), em outros a afetividade opera no plano deontológico, não existindo concretamente naquela determinada relação, mas servindo como criadora de deveres jurídicos de uma pessoa para com outra (pensemos no caso da compensação por abandono afetivo). Não por outro motivo é que Ricardo Calderón¹⁴ fala em uma dupla face do princípio da afetividade, de criação de parentesco e de atribuição de deveres, o que será tratado em momento oportuno.

Importa dizer que a não taxatividade de entidades familiares não representa um elemento definidor e *sine qua non* para determinação da existência e relevância das relações avoengas. Na ambiência do Direito clássico, com a família fundada no matrimônio, as relações avoengas já tinham seu espaço e relevância. A não taxatividade, no entanto, amplia o conteúdo dessas relações.

Não há critérios comuns a todas as formas de relações reconhecidas como família. Da análise de entidades familiares enumeradas pela Constituição, casamentos e uniões estáveis (historicamente tidos como heterossexuais) são semelhantes entre si, podendo ser aproximados das uniões homoafetivas (que inclusive passaram a ser tidas como casamentos e uniões estáveis a partir dos desdobramentos da ADI nº 4277 e da ADPF nº 132, julgados pelo Supremo Tribunal Federal), uma vez que são todas formas de conjugalidade, mas, se da união não

¹³ “Em todos os tipos há características comuns, sem as quais não configuram entidades familiares, a saber:

a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico;
b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida;

c) ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.

O direito também atribui a certos grupos sociais a qualidade de entidades familiares para determinados fins legais, a exemplo da Lei nº 8.009, de 29.03.90, sobre a impenhorabilidade do bem de família; da Lei nº 8.425, de 18.10.91, sobre locação de imóveis urbanos, relativamente à proteção da família, que inclui todos os residentes que vivam na dependência econômica do locatário; dos artigos 183 e 191 da Constituição, sobre a usucapião especial, em benefício do grupo familiar que possua o imóvel urbano e rural como moradia.” (LÓBO, Paulo. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas/1>>. Publicado em janeiro de 2002. Último acesso em 11 de novembro de 2015, às 15h05.

¹⁴ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

decorrer filhos, não guardam grande similitude com as famílias monoparentais. Essas entidades familiares, por sua vez, se distanciam da denominada família extensa¹⁵ mencionada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 25, parágrafo único), pois esta última não pressupõe um núcleo familiar. De fato, possivelmente não há como se reduzir a um único conceito¹⁶ as diversas formas de vivência que necessitam de tutela jurídica, mas ainda assim é imperioso se estabelecer balizas mínimas para que o discurso jurídico não se torne tão amplo a ponto de não atingir os objetivos a que se destina. Não se deve recair na visão do passado de que a família deve seguir um único modelo, lançando-se todos os demais fora do âmbito jurídico¹⁷, mas a verificação de características mínimas é necessária.

¹⁵ Não se ignora as críticas doutrinárias que se fazem ao tratamento jurídico da família extensa, como óbice que dificulta enormemente a situação de adotabilidade de crianças e, conseqüentemente, a colocação destas à adoção. Como é sabido, o tempo é um fator de grande importância para a adoção de crianças, pois há uma forte preferência por infantes de até três anos de idade. A busca prolongada por familiares que possam acolher essa criança, tão somente em razão do parentesco reconhecido juridicamente e não em razão dos efetivos vínculos afetivos que mantêm com a criança ou o adolescente, apenas acarretará demoras desnecessárias que condenarão, nos mais das vezes, as tentativas de inserção em outra família ao fracasso. Cite-se, por exemplo, a lição de Sávio Bittencourt: “a busca de parentes para colocação da criança não pode ser aplicada quando o parente não tinha convívio afetivo com a criança ou quando as condições pessoais deste não recomendarem esta atribuição de responsabilidade. Não se pode tratar esta opção como obrigatória para todas as hipóteses, sob pena de adesão a um injustificado biologismo, que acarretará danos à criança ou ao adolescente.” (BITTENCOURT, Sávio. **A nova Lei de Adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 67.)

Não obstante, o reconhecimento da família extensa pelo Estatuto da Criança e do Adolescente demonstra que a preocupação atual do Direito das Famílias supera o núcleo familiar, sendo uma menção indispensável à presente obra.

¹⁶ “Não nos parece possível afirmar o que a família ‘é’, na acepção sociológica do termo, já que nessa perspectiva as famílias sempre foram um ‘vir a ser’. Talvez apenas do ponto de vista do direito positivo nos seja dado, em países como o Brasil, reproduzir conceitos em voga nos muitos períodos da história. O problema surge pela obviedade de que conceituar significa limitar fenômenos pela convenção de padrões, que nem sempre estão ligados apenas à convenção da maioria, senão a dos que detêm o poder, enquanto argumento de autoridade. Por isso, dizer o que a família ‘é’ para o direito necessariamente requer que fechemos os olhos para um sem-número de fatos sociais essencialmente representativos da família, mas que por vezes não se encaixariam nas letras frias de um invólucro qualquer do Direito positivado. Daí a necessidade de que os conceitos sejam cada vez mais abertos, especialmente em matéria de família. E esse é o estágio atual da nossa codificação, o da mobilidade de suas cláusulas, da efetiva quebra daquele paradigma limitador dos conceitos, para que a dinâmica jurídica possa criar, de forma lógica, jurídica e socialmente fundamentada tantos quantos sejam necessários à solução dos casos práticos.” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 53.)

¹⁷ “Outro aspecto relevante que caracteriza o tratamento jurídico da família no período compreendido entre o primeiro Código Civil e a Constituição Federal de 1988 consiste na unicidade de modelo familiar tutelada pelo sistema jurídico, concretizada pela desconsideração da existência de estruturas familiares diversas. Uma simples leitura da legislação vigente em tal período produz, em um leitor desatento, a impressão de que o formato de família existente em território nacional era unicamente o patriarcal, circunscrito aos moldes codificados. Não havia qualquer indicação de outras modalidades de estrutura familiar exceto, é claro, as proibições relacionadas a qualquer proteção jurídica ao concubinato no

Dito isto, a Lei *lato sensu* trata de duas formas de relação que estariam albergadas no Direito das Famílias: as relações de conjugalidade e as relações de parentesco. Parece ser melhor trabalhar com este binômio, ao invés de falar, como fazem alguns autores¹⁸, em conjugalidades e parentalidades, porque esta última categoria não dá conta de várias relações albergadas pelo Direito, tal como a relação objeto do presente estudo, e é certo que as relações de parentesco incluem as relações de parentalidade. Assim, melhor afirmar que o Direito das Famílias trata das relações de parentesco e de conjugalidade.

Nas relações de conjugalidade se incluiriam os casamentos e as uniões estáveis, bem como outras formas reconhecidas por julgados, como uniões homoafetivas, uniões paralelas e poliafetivas. A marca deste tipo de relação seria a horizontalidade, bem como a vontade bilateral no vínculo, embora nem sempre seria um requisito de formação¹⁹. Também a presença de relações sexuais é vista como

tocante ao reconhecimento de filhos, a doações e a falta de legitimidade para herdar. Ora, é de crer que, havendo proibição, havia situações fáticas que fossem correspondentes.

A estratégia da unicidade de tratamento promoveu a adoção do modelo jurídico patriarcal como parâmetro de inclusão e/ou exclusão de tutela na medida em que incluía as famílias adequadas à lei, ao passo que colocava à margem qualquer outra modalidade. Trata-se de um mecanismo identificado e descrito por Luiz Edson Fachin, ao explicar a relação entre o direito e o não direito no contexto da dogmática clássica.” (CARBONERA, Silvana. Aspectos históricos e socioantropológicos da família brasileira: passagem da família tradicional para a família instrumental e solidarista. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **Direito das Famílias por juristas brasileiros**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 35-36.)

¹⁸ Aponte-se, por exemplo, o livro coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira e Giselle Câmara Groeninga, “Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma nova epistemologia”, que traz três emblemáticas seções: “A família conjugal”, “A família parental” e “Novas formas de conjugalidade e parentalidade”. Não se está a dizer que referidos autores ou outros que adotam essa divisão ignorem a existência de outras relações de Direito de Família. É certo que não. O que se destaca é que referida sistematização é incompleta e, por vezes, faz ignorar e negligenciar outras relações que não a parental ou a conjugal.

¹⁹ Não se ignora que há uma discussão acerca do papel da vontade na união estável. A discussão se faz presente na classificação do instituto na teoria do fato jurídico, o que inevitavelmente necessita levar em conta a regulação contemporânea no contexto brasileiro. Cabe apontar duas correntes sobre o tema: a preconizada por Marcos Bernardes de Mello, que afirma ser a união estável ato jurídico *stricto sensu* compósito, na medida em que manifestação de vontade deveria ser acompanhadas de elementos fáticos que a completassem; e a defendida por Paulo Lôbo, que a classifica como ato-fato jurídico, pois a vontade está na gênese da união estável, mas o Direito desconsideraria o elemento volitivo e levaria em conta apenas a convivência do casal. Pensamos que a razão assiste a Paulo Lôbo: para que seja uma união estável, é necessária uma convivência pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família, o que evidentemente indica a consensualidade, mas a averiguação da ocorrência da união estável se dará *a posteriori*, não havendo que se perquirir se havia ou não uma reserva mental quanto ao objetivo de constituição de família, mas sim se, objetivamente, houve o exercício diuturno de atos que são encarados como próprios da vivência em família. Não se exige a manifestação de vontade na gênese, como se requer de atos jurídicos *stricto sensu*, a exemplo do que ocorre no casamento.

Ver: MELLO, Marcos Bernardes de. Sobre a classificação do fato jurídico da união estável. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de

ínsita a esta forma de união, mas a verdade é que não é um requisito e sim uma característica frequente, haja vista que nem todo o casal as mantém.

As relações de parentesco normalmente são verticais ou, ao menos, apresentam uma referência de verticalidade. Isso porque todo parentesco é mediato e só tem lugar a partir da relação de filiação: as pessoas são ligadas pelo parentesco por serem umas filhas das outras. Na família nuclear com a presença de filhos isso fica evidente: os pais e os filhos são ligados verticalmente e, embora se possa dizer que os irmãos são ligados horizontalmente entre si, eles só são ligados porque apresentam ascendentes comuns. Mesmo no parentesco por afinidade há a marca de verticalidade: a sogra só é ligada ao genro por ser mãe da noiva, por exemplo. De igual modo, na adoção, há o parentesco vertical entre adotante(s) e adotado(a)(s).

Se a presença de verticalidade é característica, o papel da vontade manifestada bilateralmente como elemento genésico essencial do parentesco não é facilmente verificável. Antes de poder enfrentar essa questão, se faz necessário discorrer sobre as relações reconhecidas juridicamente como parentesco. Para tanto, é examinar os arts. 1.591 a 1.595 do Código Civil de 2002, que tratam do parentesco.

Os dois primeiros artigos mencionam os parentes em linha reta e em linha colateral. Evidencia-se, para estas categorias, a verticalidade da relação, diante da presença de um ascendente ou da referência a um ascendente comum, como explicitado pelo art. 1.594²⁰. Do mesmo modo, a verticalidade se faz presente no parentesco por afinidade, previsto no art. 1.595.

No entanto, a discussão mais interessante – mas, em certa medida, superada –, é a que se dá em torno do art. 1.593, que tem a seguinte redação: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”. Reconhece-se como parentesco civil aquele constituído não em razão do vínculo biológico entre

(coord.). **Famílias no direito contemporâneo**: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 162; LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 172.

²⁰ “O Código Civil, em dois artigos, cuidou de especificar a contagem através das linhas reta e colateral (artigos 1.591 e 1.592 do CCB de 2002). No Brasil, adota-se o sistema da *computatio civilis* para efeito da contagem de graus, por geração ou por pessoa. Do ponto de vista das relações parentais é possível dizer que, na linha reta, o parentesco se inicia no primeiro grau e vai ao infinito. O parentesco de primeiro grau será sempre entre pai e filho. Na linha colateral não há parentesco de primeiro grau. Para que se estabeleça a linha transversal é necessário contar um ancestral comum. Os irmãos são os primeiros parentes colaterais. E entre irmãos há um parentesco colateral de segundo grau.” (FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 221.)

pai/mãe e filho(a), mas sim através de outro meio, como a adoção, cuja importância de diferenciação resulta mais didática – e cultural, pois não há que se negar que há uma visão social diferente acerca do filho por adoção – do que propriamente nos efeitos jurídicos, uma vez que a vedação à discriminação dos filhos em razão da origem eliminou o tratamento diferenciado do ponto de vista do Direito²¹ – não totalmente, é verdade²², pois é possível vislumbrar diferenças, ainda que reduzidas.

No entanto, outras questões tiveram que ser enfrentadas antes que se pudesse chegar a um consenso quanto a alguns pontos. A referência ao parentesco de “outra origem” representou solo fértil ao reconhecimento do parentesco socioafetivo²³, a partir da leitura feita pelos que reconhecem a afetividade como princípio, sem ignorar a importância do dado biológico²⁴. A filiação socioafetiva já encontra amplo amparo nas decisões do Poder Judiciário²⁵; nesse ponto, pode-se dizer que, ainda que haja vozes que se levantem contra o princípio da afetividade, sua

²¹ “Historicamente, sempre se reconheceu que os vínculos de **consanguinidade** geram o que se chama de **parentesco natural**, denominando-se de **parentesco civil** o decorrente de **adoção**. A diferenciação entre o parentesco consanguíneo e o civil repercute na classificação dos filhos em naturais e civis, fundando-se em distinção que não mais se justifica e é tida como discriminatória, principalmente em face da regra constitucional (CF 227 § 6º): *Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*. Ou seja, filhos são filhos, sem qualquer adjetivação.” (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 352.)

²² Basta pensar nos impedimentos matrimoniais. O filho por adoção os mantém tanto em relação à família adotante como à família de origem. Não há como não ter diferença com o filho consanguíneo pelo fato de que, para este, não há duas famílias, uma de origem e uma adotante. Trata-se de uma discriminação justificada, pois as condições fáticas impõem um posicionamento diferenciado por parte do Direito.

²³ “O art. 1.593 do Código Civil refere a dois tipos de parentesco, o natural e o civil. Considera natural o que decorre de consanguinidade dos parentes, nesse sentido, biológico. Já o parentesco civil remete a ‘outra origem’, cujas espécies se enquadram na genérica expressão de socioafetividade, além do parentesco por afinidade”. (LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 206.)

²⁴ “Não é mais possível ao Direito ignorar a existência da paternidade socioafetiva, embora ela ainda não esteja em regramento legislativo expresso, não obstante a incidência do art. 1.593 do CC. Daí a importância e suma relevância da interpretação por meio de princípios, mormente o princípio da afetividade, que é o veículo propulsor do reconhecimento jurídico de tal instituto. A inclusão do afeto como valor e como princípio não significa a exclusão dos laços biológicos.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 217.)

²⁵ “Essa sólida construção jurisprudencial foi edificada durante vários anos, com contribuições de diversos juízes e tribunais, a ponto de ser possível afirmar que há jurisprudência consolidada – inclusive no âmbito do STJ – que respalde o reconhecimento jurídico da afetividade (ainda que muitas vezes os tribunais não utilizem esta terminologia, mas com claro reconhecimento de que se tratam de vínculos afetivos). Os tribunais têm procurado se aproximar das relações fáticas que são travadas na sociedade contemporânea, o que, inevitavelmente, os têm levado ao encontro da afetividade que é imanente a tais relações.” (CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 275.)

aplicação não pode ser desprezada e, em razão disso, o princípio não pode ser desconsiderado. Assim, o fato social do exercício parental deve ser levado em conta para atribuição de efeitos jurídicos, bem como eventual posse de estado de filho²⁶ (CC, art. 1.605, inciso II: “Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: [...] quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.”).

Para além da filiação socioafetiva, ou, melhor dito, em assunto que apresenta intersecção com a temática, aparecem as técnicas de reprodução assistida²⁷ como forma de constituição do parentesco. Não são poucos os questionamentos que exsurtem desta questão. O que importa ressaltar é a dissociação entre ascendência biológica e maternidade/paternidade que pode ocorrer nestes casos: “a exclusão da paternidade com base na presunção da *exceptio plurium concubentium*, que nos dias atuais perde força perante o exame de DNA, que neste caso específico é incontestável a sua função prestante”²⁸.

Em verdade, do explicitado até o momento, verifica-se que a diferença entre o parentesco e a conjugalidade como formas de relação albergadas pelo Direito das Famílias reside na verticalidade/horizontalidade. A manifestação de vontade bilateral não se apresenta sempre como requisito de formação comum a todas as formas de conjugalidade (embora em todas haja a necessária marca da consensualidade), bem como não é avessa a todas as formas de filiação.

Em todas as relações de família, conjugalidade e parentesco, se faz presente a afetividade enquanto princípio jurídico deontológico. Aqui importa dizer que não deve a afetividade ser confundida com amor, pois sua apreensão jurídica não é o

²⁶ “A posse se revela na *nominatio* (pelo apelido de família), na *tractatus* (no tratamento que entre si deferem, chamando-se respectivamente de pai e filho), e na *reputatio* (visibilidade social na relação paterno-filial).” (FACHIN, L. E.. **Direito de Família**..., p. 226.)

²⁷ “A *inseminação artificial* como forma de fecundação assexual, explica Silvia da Cunha Fernandes, representa a união do sêmen ao óvulo por meios não naturais de cópula, objetivando a gestação diante da deficiência pelo processo reprodutivo normal. É a introdução do esperma masculino diretamente no útero da mulher, ausente o ato sexual. A inseminação ou a introdução do sêmen no útero feminino em procedimento laboratorial não garante a fecundação, porque o óvulo e o espermatozoide podem não se fundir. É dos procedimentos mais simples, com poucos recursos tecnológicos, onde os espermatozoides do marido (inseminação homóloga) ou de um banco de esperma (inseminação heteróloga) são coletados, selecionados, preparados e transferidos para o colo do útero.” (MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 563.)

²⁸ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. A reconfiguração da presunção *pater is est*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e responsabilidade**: teoria e prática do Direito de Família. Porto Alegre: Magister, 2010, p. 262.

sentimento, a dimensão subjetiva; embora em outras áreas do conhecimento o afeto seja considerado pelo seu aspecto subjetivo, há uma apreensão própria do Direito²⁹. A investigação jurídica acerca do afeto deve se dar na esfera objetiva³⁰. Ademais, como já dito, não há sempre uma verificação da afetividade no plano ontológico. Para um casamento existente e válido não há afetividade que, se ausente, importará em qualquer vício. Do mesmo modo, para a constituição do estado de filiação em caso de não haver reconhecimento voluntário, basta o vínculo genético para a procedência de uma demanda. A afetividade ontológica somente importa na constituição de relações de Direito das Famílias que prescindem de ato formal prévio, como as uniões estáveis e a filiação socioafetiva, mas em todos os casos o princípio da afetividade em sua feição deontológica aparece como criador de deveres jurídicos.

Mas se a afetividade e a consensualidade não dão conta de explicar a origem de todas as relações familiares, há algo que pode fazê-lo? Encontrar elementos para responder a esta pergunta indica a extensão que assume a estrutura do parentesco e, por consequência, como a relação avoenga deve ser analisada.

Buscando-se as lições da antropologia para explicação de nossa sociedade, verifica-se, na formulação de Claude Lévi-Strauss há duas teorias explicativas para as relações de família: consanguinidade e aliança. No entanto, não está a se recair em um biologismo, pois nenhuma destas formas é marcada por uma determinação puramente naturalística.

Para Lévi-Strauss, o parentesco tem sua fundação na regra da proibição do incesto, a qual tem um substrato natural, mas só pode ser compreendida

²⁹ “Com tal proceder, o afeto continuaria sendo um sentimento que as pessoas percebem e manifestam de diversos modos, o desafeto restaria presente (eis que é o outro lado do próprio afeto), as outras áreas seguiriam com suas definições sobre a afetividade, mas, quando se tratasse do tema juridicamente, ter-se-ia a nítida percepção de que se fala da leitura jurídica que é concedida à afetividade.” (CALDERÓN, R. L.. **Princípio da afetividade...**, p. 307.)

³⁰ “Procurando excluir a averiguação pelo direito da parte eminentemente subjetiva, visto que esta infalivelmente lhe escapa, Paulo Lôbo objetiva a afetividade (de modo similar ao que foi feito, *mutatis mutandis*, com a boa-fé). Com isso, não importa o sentimento que a pessoa internamente possua, mas sim os atos que demonstra em determinada situação subjetiva. Para enaltecer esse aspecto seria possível falar de um princípio da **afetividade objetiva**, que se concentra na averiguação da manifestação de atos e fatos que possam caracterizar sua presença. Ou seja, não interessa se a pessoa efetivamente nutre afeto ou não, eis que esta é uma questão totalmente estranha ao direito, interessa apenas a averiguação de atos e fatos que sejam significativos no sentido de externar isso.” (*Ibidem*, p. 311-312.)

culturalmente: “Se a raiz da proibição do incesto está na natureza, entretanto é apenas por seu termo, isto é, como regra social, que podemos apreendê-la”³¹.

Em verdade, o parentesco não deve ser compreendido pelo fato natural da consanguinidade, mas pela sua apreensão social. Na obra de Lévi-Strauss, o parentesco é analisado, em certa medida, como uma linguagem³², pois representa um sistema de denominações, ao passo que concomitantemente constitui um sistema de atitudes³³. Este sistema de denominações (pais-filhos, irmãos-irmãs, marido-mulher, tio-sobrinho) apresenta uma interdependência, sem um paralelismo rigoroso, com o sistema de atitudes (respeito-afeto, direito-dever etc)³⁴.

O tabu do incesto, ao interditar a relação entre determinados parentes, cria um dever negativo entre eles. Mas este comando proibitivo deve ser encarado como

³¹ LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. (Traduzido por Mariano Ferreira.) Petrópolis: Vozes, 1982, p. 69.

³² “[...] como los fonemas, los términos de parentesco son elementos de significación; como ellos, adquieren esta significación sólo a condición de integrarse em sistemas; los ‘sistemas de parentesco’, como los ‘sistemas fonológicos’, son elaborados por el espíritu en el plano del pensamiento inconsciente; la recurrencia, en fin, en regiones del mundo alejadas unas de otras y em sociedades profundamente diferentes, de formas de parentesco, reglas de matrimonio, actitudes semejantes prescritas entre ciertos tipos de parientes, etcétera, permite creer que, tanto em uno como em outro caso los fenómenos observables resultan del juego de leyes generales pero cultos. [...] Observemos, en primer término, que el sistema de parentesco no posee igual importancia en todas las culturas. En algunas proporciona el principio activo que regula todas las relaciones sociales o la mayor parte de éstas. En otros grupos, como nuestra sociedad, dicha función está ausente o bien muy reducida; en otros, como las sociedades de los indios de la llanura, sólo se cumple parcialmente. El sistema de parentesco es un lenguaje; no es un lenguaje universal, y puede ser desplazado por otros medios de expresión y de acción. Desde el punto de vista del sociólogo, esto quiere decir que, en presencia de una determinada cultura, se plantea siempre um interrogante preliminar; el sistema, ¿es sistemático? Una pregunta semejante, a primera vista absurda, sólo referida a la lengua lo sería realmente; porque la lengua es el sistema de significación por excelencia; ella no puede no significar y su existencia se agota em la significación. El problema debe, en cambio, ser examinado con rigor creciente a medida que ‘uno se aleja de la lengua para tomar em cuenta otros sistemas que aspiran también a la significación, pero cuyo valor de significación resulta parcial, fragmentário o subjetivo: organización social, arte, etcetera.’ (LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropología estructural**. (Traduzido por Eliseo Verón.) Buenos Aires: Paidós, 1987, p. 78 e 91-92.)

³³ “En efecto, lo que se llama generalmente un ‘sistema de parentesco’ recubre dos órdenes muy diferentes de realidad. Tenemos ante todo términos por los que se expresan los diferentes tipos de relaciones familiares. Pero el parentesco no se expresa solamente en una nomenclatura: los individuos o las clases de individuos que utilizan los términos se sienten (o no se sienten, según los casos) obligados a uma determinada conducta recíproca: respeto o familiaridad, derecho o deber, afecto u hostilidad. Así, entonce, junto a lo que nosotros proponemos llamar el *sistema de denominaciones* (que constituye, en rigor, un sistema de vocabulário), hay outro de naturaleza igualmente psicológica y social, que llamaremos *sistema de las actitudes*.” (LÉVI-STRAUSS, C.. **Antropología...**, p. 81.)

³⁴ “[...] Al concluir, de la ausencia de um paralelismo riguroso entre actitudes y nomenclatura, que los dos órdenes son recíprocamente autónomos, algunos – al menos – de los críticos de Radcliffe-Brown se han desorientado. Pero esta relación de interdependencia no es uma correspondencia término a término. El sistema de las actitudes constituye más bien uma integración dinámica del sistema de denominaciones.” (LÉVI-STRAUSS, C.. **Antropología...**, p. 82-83.)

o avesso de um dever recíproco dirigido às famílias, determinando que entreguem entre si seus membros, formando alianças matrimoniais.

Afirma Lévi-Strauss que a natureza apenas impõe a filiação genética e nisso submete a cultura. Por outro lado, no que se refere à aliança,

a natureza contenta-se em afirmar a lei, sendo indiferente ao conteúdo dela. Se a relação entre pais e filhos é rigorosamente determinada pela natureza dos primeiros, a relação entre macho e fêmea é determinada pelo acaso e pela probabilidade. Há portanto na natureza – deixando de lado as mutações – um princípio de indeterminação, e um só, sendo no caráter arbitrário da aliança que se manifesta.³⁵

É neste espaço que a cultura intervém, sendo a interdição do incesto sua forma de intervenção. Isso porque não pode permitir o auto-enclausuramento da família³⁶. Vale dizer, a explicação da regra é:

Considerada em seu aspecto puramente formal, a proibição do incesto, portanto, é apenas a afirmação, pelo grupo, que em matéria de relação entre os sexos *não se pode fazer o que se quer*. O aspecto positivo da interdição consiste em dar início a um começo de organização.³⁷

Se a proibição do incesto se apresenta como uma interdição, resulta também numa prescrição, ao se apresentar com modalidades positivas. Ao mesmo que proíbe a endogamia familiar, determina a exogamia, que é uma regra de reciprocidade. O parente que é negado aos parentes³⁸ é, ao mesmo tempo, oferecido. A quem? “Ora a um grupo definido pelas instituições, ora a esta coletividade indeterminada e sempre aberta, limitada somente pela exclusão dos próximos, como é o caso em nossa sociedade”³⁹.

³⁵ LEVI-STRAUSS, C.. **As estruturas...**, p. 71.

³⁶ “Seria possível esperar que se formassem privilégios no interior dessa aglomeração natural constituída pela família, em virtude da maior intimidade que devem apresentar aí os contatos interindividuais, como na ausência de toda regra social que tende a equilibrá-la e a limitá-la.” (LEVI-STRAUSS, C.. **As estruturas...**, p. 81.)

³⁷ LEVI-STRAUSS, C.. **As estruturas...**, p. 83.

³⁸ Em verdade, Claude Lévi-Strauss fala que se instaura um sistema de troca de mulheres, no que foi alvo de muitas críticas, as quais ele mesmo busca rebater. Parece que ele mesmo nega esta conclusão ao reconhecer que há sociedades, embora sejam a minoria delas, em que há troca de homens. A melhor leitura do pensamento straussiano seria reconhecer a troca de pessoas entre famílias.

³⁹ *Ibidem*, p. 91.

Podemos ver a sintetização do pensamento de Lévi-Strauss em Cynthia Andersen Sarti:

Sabe-se que a marca do pensamento de Lévi-Strauss, no que se refere à família, foi a de ter feito sua discussão entrar definitivamente no terreno da cultura. A família, em seu fundamento natural (a família consagüínea), precisa se desfazer para que viva a sociedade, ao mesmo tempo em que a sociedade – a existência de grupos dispostos a reconhecer seus limites e a se abrir ao outro (a aliança) – é condição da existência da família.⁴⁰

Assim, o tabu do incesto é estruturante da sociedade, na medida em que instaura o princípio da reciprocidade, instalando relações de troca entre as famílias. Para Lévi-Strauss, a estrutura da família se dá na sua comunicação com a outra, estrutura esta que não é de ordem empírica, mas sim a uma lógica que está no inconsciente das sociedades⁴¹. Vale dizer:

las prohibiciones matrimoniales no tienen outra finalidade que la de establecer una dependencia mutua entre las familias biológicas, o para ponerlo en términos más contundentes, que las reglas matrimoniales expresan la negatva, por parte de la sociedade, de admitir la existencia exclusiva de la familia biológica, entonces todo se hace claro. Ya que todo este conjunto de complicadas reglas y distinciones no son más que el resultado de los procesos mediante los cuales, en una sociedad determinada, las familias se relacionan una con otra con el fin de participar en el juego del matrimonio.⁴²

Para o pensamento de Lévi-Strauss, a família é ao mesmo tempo negada e afirmada pela sociedade. Ao mesmo tempo que a sociedade necessita que a família permita sua reprodução, nega que esta possa existir isolada ou permanentemente, /obrigando que “sus partes componentes sean despalazadas, prestadas, tomadas em

⁴⁰ SARTI, Cynthia Andersen. “Deixarás pai e mãe”: notas sobre Lévi-Strauss e a família. In: **Antropológicas**, Recife, v. 16, n. 1, 2005, p. 33.

⁴¹ “...a troca é o denominador comum de um grande número de atividades sociais aparentemente heterogêneas entre si. [...] Toda teoria reclama assim a existência de uma estrutura, da qual a experiência não oferece senão os fragmentos, os membros esparsos, ou melhor, os elementos. Se a troca é necessária e se ela não é dada, é preciso então construí-la.” (LÉVI-STRAUSS, Claude. Introdução à obra de Marcel Mauss. In: MAUSS, Marcel. **Sociologia e antropologia**. (Traduzido por Paulo Neves.) São Paulo: Cosac Naify, 2003, p. 33-34.)

⁴² LÉVI-STRAUSS, Claude. La familia. In: SPIRO, Melford Elliot (org.). **Polemica sobre el origen y la universalidad de la familia**. Barcelona: Anagrama, 1974, p. 42.

préstamo, entregadas o devueltas incesantemente de forma que puedan crearse o destruirse perpetuamente nuevas familias restringidas”⁴³.

Ainda que não se assuma a existência de uma estrutura inconsciente que pré-determina os comportamentos sociais, ao menos dos estudos de Lévi-Strauss se verifica o estudo empírico de um grande número de sociedades das quais é possível perceber certo grau de similitude. Destas sociedades, e de todas as sociedades humanas, decorre que as estruturas de parentesco não são, e nem podem ser, um fato natural. Constatar que a consanguinidade não define parentesco ou família é uma constante histórica, comum a todas as sociedades, como bem observado do pensamento de Lévi-Strauss. O fato natural é relido no contexto de determinada cultura, que atribui designações e papéis de parentesco: “a família [...] pode, em princípio, ser vista como um grupo de pessoas que, unidas pelos lações de parentesco e da afinidade, estabelecem entre si códigos próprios capazes de fazer fluir inúmeras facetas de relacionamento”⁴⁴.

Há que se ter muito cuidado na leitura straussiana da família⁴⁵. No entanto, a observação de que o parentesco – e a família –, com seus sistemas de trocas e nomenclaturas, é um dado cultural⁴⁶, embora com certa referência ao dado natural, é

⁴³ *Ibidem*, p. 47.

⁴⁴ LINS DE BARROS, Myriam. **Autoridade & afeto**: avós, filhos e netos na família brasileira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1987, p. 20.

⁴⁵ Há que se ter cautela para não confundir a ideia de que família é um dado sistema comunicativo, de trocas, mediação entre coisa e significado, uma estrutura inconsciente universal para Lévi-Strauss, com uma determinada forma apreendida culturalmente de se entender a família, o que é circunstancial. O pensamento de Lévi-Strauss não serve para legitimar discursos que pretendem afirmar a superioridade de determinada visão, mas, ao contrário, para afirmar que os conteúdos que percorrem por essa estrutura são cambiáveis.

⁴⁶ O significante “cultura” comporta múltiplas atribuições de significados, não havendo consenso nem entre os antropólogos, que estudam o tema de forma mais aprofundada. Podemos, com Roque Laraia (LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. 14. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 59-64.), sintetizar algumas posições sobre o tema. Uma abordagem neo-evolucionista propõe a cultura como sistemas de padrões de comportamento socialmente transmitidos que se destinam a adaptar comunidades a seus embasamentos biológicos, sobrevivendo as culturas mais aptas. Há, ao revés, três teorias sobre a cultura que podem ser denominadas “idealistas”. A primeira considera cultura como sistema cognitivo, pois são modelos construídos pelos próprios membros da comunidade sobre o meio em que vivem: “consiste em tudo aquilo que alguém tem de conhecer ou acreditar para operar de maneira aceitável dentre de sua sociedade”, nos termos de Goodenough; a segunda, protagonizada por Lévi-Strauss, considera cultura como sistemas estruturais, uma criação acumulativa da mente humana, sendo possível descobrir, a partir da estruturação dos domínios culturais (como arte, mito, parentesco), princípios inconscientes que geram essas elaborações; a terceira teoria idealista, desenvolvida por Clifford Geertz e David Schneider, busca definir o homem a partir da cultura, distanciando-se do paradigma racionalista da Modernidade da unidade do homem pela razão ao realçar o contraste pelas inúmeras manifestações culturais diversas e, nesse sentido, identifica a unidade pela possibilidade de “programação” do homem com diferentes mecanismos de controle, planos, regras e instruções diversas, advindas de seu meio social, sendo esta programação o que se denomina cultura.

de elevada importância. Assim, é possível compreender que a relação avoenga varia juntamente com dada sociedade, que atribui novas nomenclaturas e sistemas de trocas diversos para este tipo de relação. O avô de hoje, por exemplo, exerce funções diversas do que fazia o avô de um ou dois séculos atrás, como cuidados mais intensos ou auxílio financeiro frequente. Do mesmo modo, quem pode ou não ser chamado de avô ou neto não é necessariamente aquele que o seria há alguns séculos, pois a referência exclusiva na família matrimonializada desapareceu.

A leitura jurídica dessa relação avoenga é uma leitura possível em dada sociedade, com suas especificidades próprias na família e no parentesco, e é a que se propõe este trabalho a fazer, não sem antes situá-la no recorte espaço-temporal da sociedade brasileira do começo de século XXI.

2.2 RELAÇÕES DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEAS, A “FAMÍLIA EUDEMONISTA” PARA ALÉM DA FAMÍLIA NUCLEAR: A SITUAÇÃO AVOENGA

Se a marca das relações de família não é ser um dado pela natureza, mas um construído socialmente, cabe asseverar que a família brasileira passou por diversas alterações até que chegasse a suas notas contemporâneas, o que decorre das próprias mudanças da cultura da sociedade. A relação avoenga só pode ser melhor analisada e juridicamente reputada como relevante em um contexto que ultrapasse a concepção estreita da família como família nuclear, prevalecente nos últimos séculos. No entanto, para a superação de um enfoque (quase) exclusivo na família nuclear, é necessário que se entenda, primeiramente, como se deu esse processo de nuclearização da família e do Direito das Famílias.

Esta última noção de cultura parece muito mais proveitosa, na medida em que possibilita reconhecer códigos conscientes e inconscientes inscritos no ser humano dentro de sua comunidade específica, não se limitando nem a considerar a cultura como mera sobrevivência da mais apta, aos moldes darwinianos, nem se limita a considerar os dados conscientes e voluntários da própria comunidade e nem recai na tentação oposta, de se atribuir tudo a estruturas inconscientes. Geertz considera que a antropologia, enquanto ciência, busca interpretações. O que nos interessa aqui, no entanto, é afirmar que cultura, como esse código inscrito em um ser humano, opera parcialmente de forma inconsciente, mas também pode ser vista de forma consciente e, nessa medida, pode ser analisada e problematizada.

A família, no Brasil colonial, tinha um modelo paradigmático, a família da Casa-Grande, núcleo de poder econômico e político⁴⁷, embora haja que se asseverar que já se verificava socialmente uma ampla gama de famílias. O estudo histórico enfatizou a divisão social entre senhores e escravos, mas é certo que havia uma massa não desprezível de pessoas fora dos engenhos⁴⁸.

Ora, se a sociedade não se resumia apenas às duas classes extremas de senhores e escravos, não há que se supor que havia um modelo único de família, pois o Brasil não se resumia a engenhos. Havia, além da família patriarcal, outras formas de família⁴⁹, mas não há como deixar de reconhecer a importância central de uma família em que o senhor detém tão grande poder sobre os demais membros, inclusive a ponto de ser comparado ao *pater familias* romano, bem como detém poder político, confundindo-se as esferas pública e privada neste modelo. Assim pode ser sintetizada essa família patriarcal extensa:

O modelo de família patriarcal pode ser assim descrito: um extenso grupo composto pelo núcleo conjugal e sua prole legítima, ao qual se incorporavam parentes, afilhados, agregados, escravos e até mesmo concubinas e bastardos; todos abrigados sob o mesmo domínio, na casa-grande ou na senzala, sob a autoridade do patriarca, dono das riquezas, da terra, dos escravos e do mando político. Ainda se caracterizaria por traços tais como: baixa mobilidade social e geográfica, alta taxa de fertilidade e manutenção dos laços de

⁴⁷ “A nossa verdadeira formação social se processa de 1532 em diante, tendo a família rural ou semi-rural por unidade, quer através de gente casada vinda do reino, quer das famílias aqui constituídas pela união de colonos com mulheres caboclas ou com moças órfãs ou mesmo à-toa, mandadas vir de Portugal pelos padres casamenteiros.

Vivo e absorvente órgão de formação social brasileira, a família colonial reuniu, sobre a base econômica da riqueza agrícola e do trabalho escravo, uma variedade de funções sociais e econômicas. Inclusive, como já insinuamos, a do mando político: o oligarquismo ou nepotismo, que aqui madrugou, chocando-se ainda em meados do século XVI com o clericalismo dos padres da Companhia. [...]” (FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 51. ed. rev. São Paulo: Global, 2006, p. 85.)

⁴⁸ Gilberto Freyre em diversos momentos reconhece este grupo não pequeno de pessoas, como se vê, por exemplo, no momento em que justificaria parcialmente a formação “deficiente e instável” do povo brasileiro a partir da alimentação: afirmou que estavam alimentados de forma menos insatisfatória estes dois extremos, “os brancos das casas-grandes e os negros das senzalas”, enquanto as populações mestiças, livres, teriam sido mais castigadas por uma sociedade que, ao se fixar economicamente em torno da monocultura e do regime escravagista, não se preocupava em produzir variedades de alimentos e nem de distribuí-los à população. Ver: FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala...**, p. 95-104.

⁴⁹ Como não deixava de reconhecer Freyre: “Em ligação com o assunto devemos nos recordar de que o familismo no Brasil compreendeu não só o patriarcado dominante – e formalmente ortodoxo do ponto de vista católico-romano – como outras famílias: parapatriarcais, semipatriarcais e mesmo antipatriarcais.” (FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala...**, p. 130.)

parentesco com colaterais e ascendentes, tratando-se de um grupo multi-funcional.⁵⁰

Esse formato de família, ainda que pudesse não ser o dominante em números absolutos, certamente tem o condão de demonstrar que a família nuclear tal como a conhecemos não é um dado, e sim construída em uma determinada cultura⁵¹.

A religião católica exerceu um papel nessa família patriarcal, mas sua influência não era tão direta como se poderia acreditar. O Concílio de Trento, realizado ao longo do século XVI no continente europeu, estabeleceu diversas regras ao casamento, que firmaram uma posição de rigidez e afirmação de autoridade por parte da Igreja Católica em face da Reforma⁵². A regulação e maior intervenção da Igreja nas uniões matrimoniais, no entanto, chegou com colorações próprias às colônias, havendo mitigações do rigor da aplicação.

No Brasil, especificamente, de acordo com os relatos da obra de Freyre, o início da invasão portuguesa foi marcado por uma série de uniões livres e relações sexuais entre colonizadores e nativos que fugiam às regras do matrimônio. A Igreja Católica encontrou dificuldades, mas, em especial com os jesuítas, iniciou-se uma tentativa de imposição de sua moralidade sexual⁵³. A Coroa portuguesa também se preocupou em implantar o matrimônio nos moldes eclesiásticos, acreditando que isso seria uma forma de melhor colonizar por considerar que a formação de famílias permitiria que se apegassem mais à terra, obedecessem às ordens reais e educassem a prole mais dócil⁵⁴. A condição de casado era, inclusive, exigência para os que assumissem determinados cargos públicos.

⁵⁰ TERUYA, Marisa Tayra. A família na historiografia brasileira: bases e perspectivas teóricas. In: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS POPULACIONAIS. **Anais do Encontro Nacional de Estudos Populacionais: População e História**. São Paulo: ABEP, 2000. Disponível em: <<http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/A%20Fam%C3%ADlia%20na%20Hist%C3%B3ria%20Brasileira....pdf>>. Último acesso em 21 de novembro de 2015, às 21h12.

⁵¹ Ver nota 45.

⁵² Podemos destacar algumas: afirmou o poder da Igreja para criar regras relativas ao matrimônio, (re)afirmou temas como a indissolubilidade de vínculo (salvo por morte), a vedação ao incesto até o 4º grau de consanguinidade, a necessidade da publicidade do casamento e sua celebração pela autoridade eclesiástica, a licitude da conjunção carnal tão somente no casamento e para fins procriacionais, a monogamia e a impossibilidade de intervenção dos pais para validar ou anular o casamento dos filhos. Ver: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, v. 1, 1991, p. 237-256.

⁵³ FREYRE, G. **Casa-Grande...**, p. 178.

⁵⁴ Conforme trecho da carta escrita pelo Rei d. João ao primeiro Conde de Assumar, citado em: PIMENTEL, Helen Ulhôa. O casamento no Brasil Colonial: um ensaio historiográfico. In: **Em tempos de histórias**, Brasília, n. 9, 2005, p. 27.

Denota-se que, na mentalidade colonizadora, então, o casamento chegou ao Brasil com um intuito de civilizar os povos tidos como primitivos, bem como fazer com que os brancos seguissem o padrão de conduta desejado pela Coroa. No entanto, adquiriu o matrimônio da época tonalidades próprias, escapando aos intentos reais que motivaram sua exportação para a Colônia. Não se impôs, na prática, o rigor exigido pela Igreja Católica na Europa: a título de exemplo, a exigência de não miscigenação era mitigada na terra colonial. Ademais, acabou por ser destinado principalmente às pessoas do substrato superior.⁵⁵

De toda sorte, a família da Casa-Grande foi paulatinamente cedendo, em um processo de média duração, nos séculos XVIII e XIX, à família do sobrado. Em especial com a chegada da Coroa Portuguesa ao Brasil – mas também em diversos outros processos como a descoberta das minas, os ecos da invasão holandesa em Recife e a ascensão de bacharéis e médicos –, verificou-se a aquisição gradativa de poderes político e econômico pela burguesia urbana:

Nos documentos brasileiros do século XVIII, já se recolhem evidência de uma nova classe, ansiosa de domínio: burgueses e negociantes ricos querendo quebrar o exclusivismo das famílias privilegiadas de donos simplesmente de terras, no domínio sobre as câmaras ou os senados.[...] eles são de *sobrado*. Fazem-se identificar e distinguir por um tipo nobre de casa urbana ou semiurbana, utilizado também pelos senhores rurais mais opulentos nos meses de chuvas, quando vêm com as famílias para as cidades.⁵⁶

A classe que passou a adquirir gradativamente elevado poder político representou uma nova configuração familiar dominante. Houve continuidades e

⁵⁵ “Esse discurso está perpassado de significações e de hierarquias sociais construídas genericamente. Ao considerar que os povos não estão suficientemente civilizados, o monarca absolutista português, D. João, estabelece os valores que deveriam ser impostos pelo governante que o representava na capitania de São Paulo e terras de Minas. Era preciso “civilizar” em decorrência das desordens que ocorriam devido à ausência das regras. Aqui se desenha a imagem dos “primitivos” a serem “reduzidos”. A perspectiva etnocêntrica e misógina define seus valores como verdadeiros, fazendo-os circular, instituindo-os em materialidades diversas, entre as quais o casamento, que surge deste texto como fator de aquietação da população, capaz de tornar as pessoas obedientes e apegadas aos bens adquiridos. É recomendado, especialmente para as “pessoas principais”, podendo, no entanto, ser indicado para quaisquer outras. Cria-se, assim, espaços sociais diferenciados, contribuindo à construção da estrutura altamente hierarquizada do Brasil Colonial. A família surge como base da ordem social, como fator de reprodução das normas. A obediência, ou seja, o acatamento das ordens, deveria ser um atributo desenvolvido pelo casamento e pela paternidade.” (PIMENTEL, H. U.. *Op. cit.*, p. 27-28.)

⁵⁶ FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado e desenvolvimento do urbano. 15. ed. rev. São Paulo: Global, 2004, p. 111.

rupturas. De um lado, o homem continuou a exercer maior poder sobre a mulher e os filhos. Isso se vislumbrava, por exemplo, no enorme recato que se impunha às esposas a ponto de não poderem sair na rua ou mesmo manter contato com as visitas, o que só foi atenuado de forma lenta e gradativa⁵⁷. Os filhos continuavam a ser grande alvo de sujeição dos pais, embora a crueldade dos castigos tenha sido fortemente atenuada em relação aos engenhos⁵⁸. De outro lado, a família burguesa urbana representava uma redução ao número de parentes e agregados:

Não é possível ignorar, ainda, que a família do sobrado não difere muito da família da casa-grande no que tange o caráter patriarcal e hierarquizado que em ambas se apresenta, restando a diferença mais relevante situada no âmbito da extensão da parentela que se incorpora à estrutura familiar.⁵⁹

A estrutura que se consolidou no Brasil à chegada do século XX foi de uma família em que persistiu o poder paterno e marital, ao mesmo tempo em que se reduziu a sua extensão e se nuclearizou num sobrado.

Contribuiu para a nuclearização da família a chegada de uma nova ideologia⁶⁰ familiar europeia. Juntamente com ideias como liberalismo e revolução industrial,

⁵⁷ “O patriarcalismo brasileiro, vindo dos engenhos para os sobrados, não se entregou logo à rua; por muito tempo foram quase inimigos, o sobrado e a rua. E a maior luta foi a travada em torno da mulher por quem a rua ansiava, mas a quem o *pater familias* do sobrado procurou conservar o mais possível trancada na camarinha e entre as molecas, como nos engenhos; sem que ela saísse nem para fazer compras. Só nas quatro festas do ano – e mesmo então, dentro dos palanquins, mais tarde de carro fechado.” (FREYRE, G.. **Sobrados...**, p. 139.)

⁵⁸ “A administração da justiça pelo patriarca sobre a própria família, a autoridade exercida pelo adulto sobre o párvulo, no interesse real ou ostensivo da educação, ou da moralização do menino, não há dúvida que tomou muitas vezes o caráter francamente sádico que, em trabalho anterior, já procuramos salientar. Sadismo, que apenas se atenuou ao estender-se o sistema patriarcal das casas-grandes aos sobrados da [sic] cidades, onde os velhos continuaram a reinar sobre os moços de modo quase absoluto.” (*Ibidem*, p. 180.)

⁵⁹ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 115.

⁶⁰ Ideologia, como esclarece Terry Eagleton, é um termo polissêmico, com diversos significados atribuíveis que chegam a ter profundas incompatibilidades entre si. Adotamos, para fins desse trabalho, uma atribuição de significado mais descritiva dentre o rol trazido por Eagleton: “um corpo de idéias característico de um determinado grupo ou classe social” (EAGLETON, Terry. **Ideologia**: uma introdução. (Traduzido por Luís Carlos Borges Silvana Vieira.) São Paulo: UNESP, 1997, p.15.). Não se ignora acepções mais críticas para o significante, como “falsa representação da realidade” ou “conjunto de ideias que possibilitam a dominação”, que em alguns momentos poderiam ser perfeitamente adotados neste trabalho. No entanto, entende-se que a ideologia pode também ser manifestada por minorias e grupos dominados para exercer contraponto, no que inclusive pode se obter alguns êxitos, ainda que pontuais. Assim, para fins deste trabalho, prefere-se utilizar uma concepção não crítica de ideologia.

adveio com a educação europeia de brasileiros abastados o modelo da “família nuclear burguesa”⁶¹.

O ideal burguês europeu misturou-se com o de nossa burguesia urbana incipiente, com os valores da família patriarcal. E o casamento era sua forma socialmente aceita e pela qual se prezava, embora tenha gradativamente passado de instituição religiosa para instituição pública, das mãos da Igreja para as mãos do Estado, inclusive tendo havido um momento histórico em que não se reconhecia quaisquer efeitos à celebração do casamento religioso⁶².

⁶¹ “E quando falamos de família nuclear burguesa estamos nos referindo àquela família intimista, agindo e circulando no espaço delimitado do privado, ao qual se opõe o espaço do público; à família que não se confunde com a área de produção, caracterizando-se por ser somente uma unidade de consumo, e que é justamente a base de toda a elaboração psicanalítica, a base do triângulo edipiano. Esta família é reduzida, e não extensa, não por causa do número de filhos, mas porque ela se pensa como um ou vários triângulos edipianos. Um elemento, decisivo ao nosso ver, dessa idéia de família é a mística da *natureza* feminina [...]” (ALMEIDA, Ângela Mendes de. Notas sobre a família no Brasil. In: ALMEIDA, Ângela Mendes de *et alli* (org.). **Pensando a família no Brasil**: da colônia à modernidade. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1987, p. 57.)

⁶² Trata-se de previsão do Decreto, n.º 181/1890, art. 108: “Art. 108. Esta lei começará a ter execução desde o dia 24 de maio de 1890, e desta data por diante só serão considerados válidos os casamentos celebrados no Brasil, si o forem de acordo com as suas disposições. Paragrapho unico. Fica, em todo caso, salvo aos contrahentes observar, antes ou depois do casamento civil, as formalidades e ceremonias prescriptas para celebração do matrimonio pela religião delles.”. Posteriormente, veio a ser confirmado pela Constituição de 1891, art. 72, §4º: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. Trata-se de um contexto em que a República buscava afirmar seus valores e romper com vestígios do Império, o que incluía a relação imbricada entre Igreja e Estado que se tentou romper. Ver: SIQUEIRA, Neus Valadares; GONÇALVES, Ailton de Souza. O casamento nas Constituições de 1824 e 1891, na disputa entre o poder civil e o eclesiástico. In: **Ciência da religião**: história e sociedade, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 138-152, 2013.

A formação do Direito Civil moderno⁶³ levou à consagração da família nuclear fundada no casamento⁶⁴. Mais especificamente no contexto brasileiro, no século XIX, houve uma transição gradual da “família da casa-grande” para a “família do sobrado”. Vale dizer, com a vinda da Coroa para o Brasil, deslocou-se o centro político e

⁶³ Veja-se que não se utiliza a expressão “moderno” com o mesmo significado atribuído pela História, assim como não detêm o mesmo sentido as expressões “medieval” e “contemporâneo”. Determinada divisão cronológica da História separa, com marcos temporais bem definidos, as etapas da História humana em Pré-História (que iria desde o surgimento da humanidade até os primeiros registros escritos, como se não houvesse história anteriormente ao registro escrito), Antiguidade (que iria até o ano 476 d.C., com a queda do Império Romano do Ocidente), Idade Média (finda com a tomada da Constantinopla pelos turcos e o fim da Guerra dos Cem anos na Europa, em 1453 d.C.), Modernidade (finda com a Revolução Francesa, em 1789 d.C.) e Contemporaneidade (que perdura até os dias atuais). Não se ignora que existem críticas a essa concepção da História e, mesmo para os que a adotam, não há consenso quanto às datas, como se vê, de forma exemplificativa, em: MACHADO, Carlos Augusto Ribeiro. A Antiguidade tardia, a queda do Império Romano e o debate sobre o “fim do Mundo Antigo”. In: **Revista de História**, São Paulo, n. 173, p. 81-114, jul./dez. 2015.

A História do Direito, no entanto, trabalha com outros marcos. Sem adentrar de forma aprofundada no tema, far-se-á alguns apontamentos. Primeiramente, assim como na História em geral, a História do Direito não comporta separação em períodos estanques, com características bem delimitadas, se tratando de mudanças que se dão a longo prazo. Segundo ponto é que a periodização é bastante problemática na medida em que uniformiza tradições jurídicas com características e tempos diversos: a “Modernidade jurídica” no Brasil adquiriu notas diversas de países europeus e veio em momento posterior. Terceira questão é a de que, apesar dos problemas apontados, a divisão com referência a algumas características tem valor didático e facilita a análise. Quarto e último ponto a ser ressaltado é o de que os marcos da História do Direito podem ser diversos se comparados com seus homônimos da História em geral: o Direito da Antiguidade varia conforme o povo estudado, sendo dada maior ênfase no Direito Romano, até pela sua valorização em momentos posteriores; o Direito medieval, embora acompanhe a história medieval, sobrevive a ela e se estende no período da Modernidade histórica, pois o surgimento de monarcas não significa uma diferença tão profunda quanto a expressão “Absolutismo” quer fazer crer, não se rompendo com a ideia de ordem expressa no medievo, devendo a ela o respeito, não se distanciando de forma significativa do *jus commune* (ver: COSTA, Pietro. A soberania na cultura político-jurídica medieval: imagens e teorias. In: _____. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010, p.99-124); a Modernidade jurídica, embora com seus pressupostos lançados gradativamente, em especial com a formação dos Estados modernos, tem como grande referencial o Código Civil de Napoleão, de 1804, com toda a sua expressão de limitação do poder do Estado, distinção entre público e privado com especial valorização desta última esfera e implementação de liberdade e igualdade formais como valores jurídicos de extrema relevância (Ver: BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. (Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues.) São Paulo: Ícone, 1995, p.25-89; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. As quatro fundações do Direito Civil: ensaio preliminar. In: **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 45, p. 99-102, 2006); a Contemporaneidade jurídica, pode-se dizer, coincide com a discursividade que exsurge, especialmente, no Pós-Segunda Guerra Mundial, de valorização dos Direitos Fundamentais e reconhecimento de novas gerações/dimensões desses Direitos (ver: COSTA, Pietro. Democracia, política e Estado Constitucional. In: _____. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010, p.241-274.).

⁶⁴ Sobre a família presente no Código Civil de 1916, diz Francisco Amaral: “Na parte do direito de família, consagrava o patriarcalismo doméstico da sociedade que o gerou, traduzido no absolutismo do poder marital e no do pátrio poder. Tímido no reconhecimento dos direitos da filiação ilegítima, preocupava-se com a falsa moral de seu tempo. Não obstante, continha algumas inovações progressistas para a época, como o deferimento do pátrio poder à mãe, mesmo na filiação ilegítima. Privava, porém desse poder a bínuba, que somente vem a adquiri-lo em 1962, com o Estatuto da Mulher Casada”. (AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 7. Ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 167).

começou a se deslocar o centro econômico das grandes propriedades rurais do nordeste para o sudeste, começando a ganhar espaço outras elites rurais e também as elites urbanas, com um modelo de família nuclear.

Mas o prevalecimento gradual das famílias nucleares, com a crescente urbanização, não teve o condão de mudar as características essenciais que se destacam na família desde o Brasil Colônia, o que se refletiram no Código Civil de 1916.

Patriarcalismo, hierarquização, transpessoalidade: são caracteres que, no terceiro momento desse exame histórico, irão se apresentar no marco legislativo que vem a lume em 1916, traçando, com os olhos voltados para o século XIX, um modelo jurídico para a família brasileira.

⁶⁵

Apontou Orlando Gomes, em estudo às origens do Código Civil brasileiro uma grande influência neste de um “privatismo doméstico”, confirmando a influência direta das estruturas reconhecidas da família patriarcal do Brasil Colônia⁶⁶. Citou o autor a lição de Pontes de Miranda, que afirmou que o Código mais se preocuparia com o círculo social da família do que com o da nação e que aquela seria despoticamente patriarcal, o que se demonstra na consolidação de uma posição privilegiada do homem na sociedade conjugal. Revelou-se um “conservantismo na disciplina das relações de família”⁶⁷ ao mencionar a regra da indissolubilidade do casamento. Expressou o intuito de preservação da família para conservar o patrimônio, por meio das regras de sucessão.

Gomes ainda apontou que houve reflexo no Código de uma sociedade eminentemente rural, que não havia sido ameaçada por uma insurgente classe média. Mesmo tendo sido esta quem elaborou o Código Civil de 1916, se tratava de uma classe média sem ideologia própria diante dos embates de uma burguesia liberal e o setor agrário, estando esta classe média nos setores militar e em cargos públicos, com uma posição conservadora. É bem verdade que houve alguns embates entre

⁶⁵ Idem, p. 121.

⁶⁶ “A influência da organização social do Brasil Colônia faz-se sentir até o fim do século XIX, e é nos primeiros anos do século XX que começa a discussão do projeto de Código Civil elaborado por Clóvis Beviláqua. Natural, assim, que repercutisse, na sua preparação, aquele primitivismo patriarcal que caracterizou o estilo de vida da sociedade colonial.” (GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 18.)

⁶⁷ GOMES, O. *Op. Cit.*, p. 15.

interesses econômicos dos fazendeiros e algumas tentativas de imprimir um cunho mais liberal e progressista pelos juristas advindos da classe média, mas não se pode dizer que no Direito das Famílias houve grandes alterações⁶⁸. Neste sentido, manifesta Ana Carla Harmatiuk Matos que

Os valores patriarcais informaram a família do Código, ocorrendo diversas formas de diminuição da condição feminina. A posição hierarquicamente superior do homem é justificável, em parte, pelos valores sociais presentes na época de elaboração de nossa codificação. Todavia, tal meio de poder encontrava-se igualmente a serviço de certos interesses acostados à função da família de uma dada classe social.⁶⁹

Havia uma família reconhecida pelo Estado: a família constituída pelo casamento. Havia um enorme senso moral, que condenava qualquer relacionamento fora do matrimônio, consubstanciado na codificação. Preservava-se o patrimônio dentro da mesma linhagem sanguínea e ignorava-se qualquer vínculo afetivo que não o regularmente celebrado.

O Código consubstanciava alguns valores da época. Codificação e constitucionalismo são fenômenos que advieram junto com o Estado Liberal e a consagração do individualismo jurídico. Na lição de Paulo Lôbo⁷⁰, o último tinha por função limitar a atuação estatal e o poder político (frente ao particular) e o primeiro garantia a autonomia individual, especialmente no campo econômico. Eram regramentos com pretensão de universalidade, mas que diziam respeito em especial ao indivíduo burguês.

Paolo Grossi denota que, se o Código remete aos proprietários burgueses, nada mais lógico que ele considere uma outra fonte de Direito como válida, sendo esta o contrato. Mas mesmo assim, continua o Código se impondo de forma autoritária. Esta imposição fomenta a incomunicabilidade entre sociedade e Código, pois este não acompanha as constantes mudanças naquela. A raiz jusnaturalista⁷¹ do

⁶⁸ GOMES, O. *Op. Cit.*, p. 30-31.

⁶⁹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 21.

⁷⁰ LÔBO, Paulo. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/507/constitucionalizacao-do-direito-civil>>. Publicado em julho de 1999. Último acesso em 24 de novembro de 2015, às 15h03.

⁷¹ O jusracionalismo não deixou de ser uma expressão do jusnaturalismo. Não se vislumbra entre os pensadores jusracionalistas que defendiam uma concepção absolutista ou uma concepção liberal

Iluminismo na lei se mostra aqui, ao congelar o Direito no momento de sua produção, pois a vontade do legislador é algo quase divino, algo supremo. A normatização então acabaria o momento em que é produzida.⁷²

No espaço do Direito das Famílias, os efeitos de uma regulamentação com pretensão totalizante e descolada da realidade acaba tendo o cruel efeito de lançar diversas relações fora do âmbito de reconhecimento e proteção. Isto vale para diversas entidades familiares como para relações adjacentes ao casamento, como a filiação que não aquela tida entre marido e esposa. Sobre o Código, diz Francisco Amaral:

Na parte do direito de família, consagrava o patriarcalismo doméstico da sociedade que o gerou, traduzido no absolutismo do poder marital e no do pátrio poder. Tímido no reconhecimento dos direitos da filiação ilegítima, preocupava-se com a falsa moral de seu tempo. Não obstante, continha algumas inovações progressistas para a época, como o deferimento do pátrio poder à mãe, mesmo na filiação ilegítima. Privava, porém desse poder a bínuba, que somente vem a adquiri-lo em 1962, com o Estatuto da Mulher Casada.⁷³

As uniões de fato eram tidas por concubinato. O filho extramatrimonial dificilmente se veria reconhecido como filho. O sistema de parentesco se fundava no casamento: filho era o filho do casamento, em especial em relação ao pai. E o Direito das Famílias só se preocupava com estas relações, ocupando-se residualmente da curatela e da tutela. A adoção era vista como remédio à infecundidade e com séria desconfiança, sendo admitida de forma residual e com o temor de que desestimulasse o casamento de exercer sua verdadeira função procriacional. O Direito brasileiro, inicialmente, apenas permitia a adoção por aqueles que não tivessem filhos. Mesmo quando tal restrição deixou de existir, ainda assim os filhos adotivos tinham direitos mais restritos do que os ditos filhos legítimos ou os legitimados. Clara a manifestação

divergências profundas quanto à concepção do direito. Ambos teorizavam uma onipotência do legislador. Mas nisso o direito natural ainda estava vivo. A ideia de imposição de normas por um ente estatal não excluía outras formas de argumentação. É, na passagem do século XVIII para o XIX, com esse modelo que rompem, parcialmente, as Escolas objeto de exposição, embora com muitas divergências, o que se explica até em razão dos contextos históricos locais diversos. (Ver: BOBBIO, N. *Op. cit.*)

⁷² GROSSI, Paolo. Códigos: algumas conclusões entre um milênio e outro. In: _____. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. rev. e amp. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 108-109.

⁷³ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 7. Ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 167.

do patriarcalismo, que cancelava apenas os filhos havidos sob o sagrado manto do matrimônio e buscava manter o patrimônio conquistado pela família dentro da mesma linhagem sanguínea⁷⁴. Tamanho era o intuito de preservação do casamento que se justificava a idade de 50 anos para capacidade de adotar, por conta do possível desestímulo a ele que a adoção traria.⁷⁵

A visão de uma família idealizada traz sérias dificuldades: ao se lidar com um modelo ideal, todas as famílias concretas que fogem desse padrão acabam não encontrando tutela jurídica. Há que se chamar atenção que os vínculos não se reduzem à família nuclear e, em especial nas classes populares, se recorre muito à família extensa (pais, avós, irmãos etc) para exercício de diversas funções⁷⁶. A invisibilidade jurídica dessas outras relações não as anula, apenas torna direitos relativos a ela não exigíveis, o que impede a tutela de valores relevantes.

Esta família nuclear, absoluta na legislação e dominante no campo das representações sociais, passa a ser fortemente questionada em meados do século XX, no mundo e no Brasil.

74 “A família do Código Civil do começo do século era hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e transpessoal, de forte conteúdo patrimonialista vez que colocava a instituição em primeiro plano: o indivíduo vivia para a manutenção e fortalecimento da instituição, que se caracterizava como núcleo de apropriação de bens nas classes abastadas.” (FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 8)

75 “Ser maior de cinquenta anos, porque, se o legislador admitisse a adoção antes dessa idade, desviaria do casamento pessoas que desejam, por instinto paterno ou materno, dedicar-se a outras e fazê-las seus sucessores.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial, tomo IX: Direito de família: direito parental, direito protetivo. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, s.d., p. 181.)

76 Trazemos à colação relato sobre a presença de exemplos de solidariedade, familiar e extrafamiliar, dentro da Vila Helena (São Paulo/SP), o que reforça esta noção mencionada: “Encontrei na Vila certo tipo de organização, que denominei de **aglomerado familiar**, composto de famílias nucleares, oriundas de um mesmo casal. Irmãos e irmãs procuram morar no mesmo bairro e formam como que uma só família de múltiplas cabeças. Juntam-se a ela, ainda, parentes mais distantes, contraparentes ou pessoas meramente chamadas de parentes, compadres, amigos sem qualquer relação de consangüidade. Os aglomerados não se mantêm apenas pela dependência afetiva, embora ela seja fundamental para sua coesão. O mais adequado é percebê-los como parte de um esquema de sobrevivência, essencial para a vida dos moradores da Vila. Os aglomerados permitem uma troca permanente de serviços, um apoio para todas as horas, todos os problemas. Esse apoio é fundamental porque permite enfrentar épocas de grande escassez. O problema maior e permanente das famílias da Vila é que vivem num limite muito estreito da sobrevivência. Qualquer imprevisto pode fazer com que a balança penda para o lado da miséria, da escassez absoluta. Ao fim de algum tempo o observador descobre que os aglomerados têm uma função muito clara, muito nítida, a de ser um elemento de equilíbrio em situações de crise e um apoio funcional para as pequenas dificuldades corriqueiras.” (MELLO, Sylvia Leser de. Classes populares, família e preconceito. In: **Psicologia USP**, São Paulo, v. 3, n. 1-2, 1992, p. 124-125.)

Um contexto de guerras mundiais, de avanços tecnológicos e de uma religião dominante que não mais dá conta de impor suas normas morais. As crianças do pós-guerra se rebelaram contra os padrões político, morais e sexuais de seus pais, culminando, quando atingiram sua juventude, na profunda revisão de valores nas décadas de 60/70⁷⁷. Maior liberdade sexual, com o que houve, e prossegue em um processo ainda não terminado, a libertação da mulher em relação às amarras morais que a prendiam à castidade (quase não exigida do homem) e ao interior das paredes do lar: é cada vez mais aceito que trabalhe fora e que se relacione sexualmente como bem entender. As ditas perversões sexuais foram revisitadas, inclusive para se reconhecer que a homossexualidade não é uma doença, mas uma condição do indivíduo, que deve poder optar livremente com quem se relaciona.

A maior liberdade em torno da moral e do padrão sexual não poderia deixar de afetar a forma de ver a família, levando à gradativa aceitação das mães solteiras (e pais solteiros), dos divórcios e das famílias reconstituídas⁷⁸.

A família contemporânea é marcada pela pluralidade, pela ausência de uma forma única. Alguns alardeiam a existência de uma suposta crise, que em verdade é

⁷⁷ LEITE, E. de O.. **Tratado...**, p. 323.

⁷⁸ A democratização da sociedade, a progressiva e imparável integração da mulher no mercado de trabalho, a tomada de consciência em relação aos direitos humanos com base na igualdade fundamental das pessoas, com as respectivas conquistas reflectidas em mudanças legais, afectaram da mesma forma a estrutura e os papéis familiares. No nosso contexto europeu tudo isto acarretou, como consequência, uma redução do número de descendentes por família, bem como um atraso na idade de contrair matrimónio e de constituir um casal independente, ao qual correspondeu o respectivo atraso na idade de maternidade.

De igual modo, produziu-se uma alteração da valorização da sexualidade, em simultâneo com uma notável redução da influência das normas religiosas, que constituíam o núcleo fundamental dos padrões morais vigentes. Tudo isto veio favorecer a independência das igrejas que chegaram a aceitar com a maior normalidade a existência de mães solteiras, a legalização do divórcio e um grande aumento de famílias mistas ou reconstruídas. As reivindicações legais dos casais de facto, incluindo a legalização da adopção por parte de casais homossexuais, são situações actuais para as quais existe uma enorme divergência de opiniões, constituindo uma nova acha para a fogueira a favor da diversidade de modelos familiares.

Os padrões sociais que incidem sobre a família incluem não apenas a sua estrutura, mas também a redefinição e distribuição dos seus papéis fundamentais, visto já estar perfeitamente definida a idade a partir da qual se pode contrair matrimónio, e até mesmo o estatuto dos cônjuges (é inferior quanto mais elevada for a idade, quanto menos culto for ou quando se está desempregado/a). Como consequência e face a tantas restrições, são muitas as famílias que não se adaptam a este “padrão-tipo”, o que vem gerar conflitos e crises, que não encontram solução, dentro das variantes autorizadas. Assim, muitas vezes são mais os esforços empregues em manter uma imagem que não corresponde à realidade do que os esforços feitos para assumir e enfrentar as dificuldades e encontrar novas soluções que tornem a vida familiar mais gratificante. (GIMENO, Adelina. **A família: o desafio da diversidade**. (Traduzido por Chrys Chrystello.) Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 20-21.)

um processo de revisão⁷⁹. Há também uma alta instabilidade de vínculo, não estando as pessoas perpetuamente amarradas umas às outras nem por lei e nem pela moral vigente, o que é um reflexo dos tempos “líquidos”⁸⁰ atuais.

A família deixa, paulatinamente, de ter um fim a cumprir que a faça ter um valor em si mesma. Seu objetivo não mais desconsidera as vontades e desejos dos membros que escolheram aderir a ela: ao contrário, passa a ser perseguida para atender as necessidades de convivência e afeto dos envolvidos. Neste sentido é que se passa a falar em “família eudemonista”, tido como “aquele núcleo familiar que busca a felicidade individual e vive um processo de emancipação de seus membros”⁸¹.

Essa família atual é buscada, em um plano ideal, por indivíduos livres de imposição social e sem pressão para que assumam papéis pré-determinados. A existência da união é constantemente negociada ou, como prefere Giddens, é um “contrato móvel”⁸².

O clima de maior liberdade, no entanto, apresenta maiores incertezas. Sem uma família-instituição, as pessoas se sentem menos constrangidas a se manterem em uma união com a qual não se sentem mais à vontade. Rejeita-se o nó, mas não o ninho, querem o círculo de afeto, mas não o seu engessamento:

⁷⁹ “Verdadeiramente, o modelo tradicional de família não se encontra em crise, mas em processo de revisão, pois como diz A. J. Pérez Martín, as coisas já não são como antigamente, do tempo em que as histórias infantis finalizavam com seus personagens centrais casando e tendo muitos filhos, devendo os novos contos infantis reformular seu desfecho, para agora escreverem que nem sempre os personagens se casam, e que hoje em dia eles têm em média dois filhos e com frequência logo se separam.” (MADALENO, Rolf. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regimes de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família: entre o público e o privado**. Porto Alegre: Magister; IBDFAM, 2012, p. 309.)

⁸⁰ Trata-se de expressão celebrizada por Zygmunt Bauman, que inclusive dedica obra aos relacionamentos afetivos da contemporaneidade. Segundo explana o autor, o ser humano atual, ao utilizar a lógica de consumidor, não se prende a vínculos duradouros, busca principalmente o prazer imediato e instantâneo, sem os grilhões que perduram longa data e o marcam de incertezas. “Nos compromissos duradouros, a líquida razão moderna enxerga a opressão; no engajamento permanente percebe a dependência incapacitante. Essa razão nega direitos aos vínculos e liames, espaciais ou temporais. Eles não têm necessidade ou uso que possam ser justificados pela líquida racionalidade moderna dos consumidores. Vínculos e liames tornam ‘impuras’ as relações humanas – como o fariam com qualquer ato de consumo que presuma a satisfação instantânea e, de modo semelhante, a instantânea obsolescência do objeto consumido.” (BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 65.)

⁸¹ MADALENO, R. **Curso...**, p. 31.

⁸² “A transformação do casamento em um significante de compromisso, em vez de um determinante dele, altera radicalmente esta situação. Todos os relacionamentos que se aproximam da forma pura mantêm um “contrato móvel”, para o qual ambos os parceiros podem apelar. O contrato móvel é um instrumento constitucional que cria a base da discussão aberta por parte dos parceiros sobre a natureza do relacionamento, mas que também está aberto à negociação.” (GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas**. (Traduzido por Magda Lopes.) São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993, p. 210.)

O que eles desejam é conciliar as vantagens da solidariedade familiar e as de liberdade individual. Tateando, esboçam novos modelos, mais igualitárias nas relações de sexo e de idades, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo. O que se gostaria de conservar da família, no terceiro milênio, são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor. Belo sonho.⁸³

É este o propósito idealizado da família eudemonista. Ciente de que o ser humano é imperfeito, o que se buscou ao longo do século XX foi o direito de tentar, errar e tentar de novo. Ainda que isso venha a ter efeitos negativos, não há como lutar contra a tendência de afirmação do indivíduo. Uma família engessada é incompatível com essa ordem de ideias.

Ao Direito brasileiro, que no começo do século XX tentou emoldurar um modelo único de família, coube reconhecer suas insuficiências, saindo gradativamente de um modelo matrimonializado.

Em razão dos efeitos socialmente questionados que decorreram desse modelo, em especial para o gênero feminino, o Poder Judiciário, mesmo sem suporte legal, vinha exercendo seu papel criativo para tutelar tais situações de fato⁸⁴, inicialmente encontrando respaldo apenas no Direito das Obrigações reconhecendo-se “indenizações por serviços prestados” e, após com a dita “sociedade de fato”. Era o único suporte de âmbito patrimonial que se dava a essas uniões, o que de modo algum se comparava à meação e ao direito sucessório que se concedia aos cônjuges.

Nota-se, no entanto, que essa proteção ainda se pautava, como ainda se pauta prevalentemente, no modelo da família nuclear. A rejeição (em especial no continente europeu) ou a mera falta de hábito (típica do Brasil, em especial nas classes populares) com as formalidades do matrimônio levaram a esta forma de conjugalidade.

⁸³ PERROT, Michelle. O nó e o ninho. In: VEJA. **Veja 25 anos: reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, 1995, p. 81.

⁸⁴ “Apesar de desde o início dos anos 60, haver farta jurisprudência dos tribunais a respeito dos direitos da ‘concubina’, a alteração legislativa não ocorreu. Nos processos que envolviam relações não matrimoniais, podia-se perceber a evolução da ideologia no poder judiciário sobre o assunto: falante antes de ‘amásia’ e de ‘concubina’, passou a usar a expressão ‘companheira’, símbolo do reconhecimento das relações familiares não legalizadas. Mas o texto legal não acompanhou esse reconhecimento por parte do Poder Judiciário, e tanto o Código Civil quanto as Constituições continuaram a reconhecer apenas a família oriunda do casamento.” (BARSTED, L. L.. *Op. cit.*, p. 110.)

No entanto, o reconhecimento jurídico pleno de outras vivências veio com a Constituição de 1988, que se abriu ao reconhecimento da pluralidade de formas de família, ao princípio da igualdade entre cônjuges e filhos e diversas outras previsões revolucionárias no âmbito jurídico. Contudo, seu texto apresentou os limites da família vista como um ente nuclearizado.

O Direito das Famílias contemporâneo é, prioritariamente, pensado no âmbito das relações de conjugalidade (união estável, famílias homoafetivas) ou então das relações paterno-filiais (com diálogos entre o Direito Civil e o Direito da criança e do adolescente, tal como se dá na nova configuração da autoridade parental e na adoção). Episodicamente é que são pensadas relações de família para fora do núcleo ou dos núcleos coligados, tal como nas famílias recompostas, em que há núcleos coligados por relações paterno-filiais e em que se cogita vínculos dos enteados com madrastas e padrastos, ou nas famílias simultâneas, em que há mais de um núcleo coligado pelo membro em comum das relações conjugalidade.

O texto constitucional, no art. 226, previu expressamente três formas de família: casamento, união estável, família monoparental. Ainda esta última guarda referência na nuclearidade. Como assevera Eduardo de Oliveira Leite, o fenômeno da monoparentalidade sempre existiu, mas só ganhou percepção na medida em que aumentaram as rupturas conjugais. Da sua própria conceituação inicial, percebe-se que foi um fenômeno percebido, inicialmente, como decorrência de uma conjugalidade que fracassou: “Uma família é definida como monoparental quando a pessoa considerada (homem ou mulher) encontra-se sem cônjuge, ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças”⁸⁵.

O mais recente Código Civil também manteve como referência para seu regramento a família nuclear, tratando das relações de parentesco apensar residualmente. Uma previsão que demonstra tal hipótese é a limitação do dever de prestar alimentos, em linha colateral, aos irmãos (CC/02, art. 1.697), com quem presumivelmente vivemos em nossa infância, sendo tal norma, ainda que fundada no parentesco, vestigial do modelo nuclear.

⁸⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 22.

A referência à família nuclear como ente exclusivo de referência, herança de um Direito das Famílias centrado no modelo matrimonializado, no entanto, não dá conta de toda a gama de relações de família.

A consequência é um tratamento jurídico residual para as situações familiares que extrapolam o grupo do lar. Apenas subsidiariamente se pode demandar alimentos de quem não é genitor. Apenas os pais exercem o poder familiar (melhor dito “autoridade parental”). Devem ser esgotadas as tentativas de reinserção na família natural antes que se proceda à colocação da criança ou do adolescente na família substituta. Os parentes só são chamados à sucessão se não presentes aqueles que constituem ou constituíram com o *de cujus* a família nuclear, sendo primeiramente chamados os descendentes (em concorrência com o cônjuge), depois os ascendentes (também em concorrência com o cônjuge), o cônjuge e então os colaterais (isso sem mencionar a problemática envolvendo a sucessão do companheiro).

Aos juristas não escaparam as insuficiências da família nuclear. Inclusive, é nela que se encontra o próprio germe para sua extensão: “a família nuclear é condição que torna mais viável a emergência de situações de simultaneidade”⁸⁶. Com o incremento da liberdade de se relacionar conjugalmente, acabam por surgir situações em que o filho de uma anterior união é levado a participar de um novo núcleo constituído por um de seus pais (ou quando os dois ingressam em novas famílias); é a simultaneidade da criança em dois núcleos familiares no que passou a ser conhecida por diversos nomes: famílias recompostas, reconstituídas, mosaico etc. Há, ainda, a situação em que um dos cônjuges ou companheiros mantém, concomitantemente, um outro núcleo familiar com outro cônjuge ou companheiro: é o que se chama de famílias simultâneas ou paralelas. Ambas enfrentam resistência (a última mais do que a primeira, em razão do princípio da monogamia que diversos juristas sustentam estar implícito no Direito brasileiro, tal como José Fernando Simão⁸⁷, e que o STF já adotou em julgado sobre o tema, no RE n.º 397.792-8/BA).

⁸⁶ PIANOVSKI RUZYK, C. E.. **Famílias simultâneas...**, p. 126.

⁸⁷ “O mesmo não pode se dizer da poligamia escriturada. Não se trata de elemento de existência, mas sim de requisito de validade do negócio jurídico. Havendo causa de proibição legal, seja ela culminada de sanção penal ou civil, a afronta à norma cogente acarreta nulidade absoluta da escritura poligâmica.[...] Entretanto, para se admitir a poligamia como forma de criação de família, é imprescindível a revogação do CP que a trata como crime e do CC que pune com e sanção maior: nulidade absoluta.” (SIMÃO, José Fernando. **Sobre poligamia e escritura pública, doutrina que afaga é a mesma que apedreja**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-out-25/processo->

Mas estes modelos de família, ao mesmo tempo que extrapolam os limites de uma família nuclear, ainda a têm por referência, em famílias nucleares conexas. Ainda é a entidade familiar que se demonstra como lente para análise de todas as situações de Direito das Famílias. Cabe trazer a percepção da formação que o grupo extenso de convívio traz aos membros da família nuclear. Esta não vive em uma redoma de vidro, alheia às influências sociais. Ao contrário, o parentesco tem muito mais a oferecer aos sujeitos.

O desafio que se coloca para a família do século XXI não é apenas se libertar do engessamento das conjugalidades, mas, ao contrário, buscar a estabilidade para os membros vulneráveis. A liberdade de se relacionar já foi bastante afirmada, mas há algo na família que não apenas a afirmação da simples escolha: há que se buscar nela um mínimo de estabilidade para os que dependem de suas teias de solidariedade e sustentação mútuas. Gilberto Velho⁸⁸ coloca as noções de família (*family*) e parentesco (*kinship*) em oposição: ao passo que a primeira, enquanto família nuclear, já foi alvo constante de preocupação, é necessário retomar a preocupação com o papel do último na formação das subjetividades dos membros. Isso pois, de acordo com o autor, mesmo nas famílias nucleares mais individualizadas e autorreferentes, a família patriarcal da Casa-Grande de que fala Freyre se faz presente, ainda que de forma residual. O “universo do parentesco, seja como referência simbólica ou como memória, se encontra muitas vezes presente, embora nem sempre de forma cotidiana ou concreta, nos termos em que nos habituamos a pensar”⁸⁹. Mesmo as famílias nucleares que se formam na busca de romper com os parentes em determinado momento da vida, como afirmação de sua individualidade, acabam em outro momento por retomar os relacionamentos com os parentes.

A percepção de que a família deve ser entendida para além dos moldes nuclearizados já foi apreendida pelo Direito legislado. A chamada “família extensa” foi expressamente albergada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente com a Lei Nacional de Adoção (Lei n.º 12.010/2009). Aliás, não é destituída de importância a expressão “família natural”, que, nos termos do ECA reformado, é “a comunidade

familiar-poligamia-escritura-publica-doutrina-afaga-mesma-apedreja#_ftn2>. Publicado em 25 de outubro de 2015. Último acesso em 26 de novembro de 2015, às 22h59.)

⁸⁸ VELHO, Gilberto. Família e subjetividade. In: ALMEIDA, Ângela Mendes de *et alli* (org.). **Pensando a família no Brasil**: da colônia à modernidade. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1987, p. 79-87.

⁸⁹ VELHO, G.. *Op. cit.*, p. 83

formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes” (art. 25, *caput*). Percebe-se que o reconhecimento da importância da família extensa (e não qualquer família extensa, mas apenas aquela com a qual a criança ou o adolescente “convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”, nos termos do §1º do mesmo artigo), mas apenas de forma residual.

É preciso dar um passo adiante: as relações de parentesco são importantes não de forma meramente subsidiária, na falta dos pais, mas em um papel complementar que não se confunde com as figuras parentais (embora, eventualmente, possam lhe fazer as vezes). Assim, merecem tutela jurídica não subsidiariamente, mas como direito próprio.

Extrapolando os limites da família nuclear tradicional (pai, mãe e filhos), ou mesmo das “novas” configurações familiares, uma espécie de relacionamento familiar merece destaque: a relação avoenga. Em verdade, era uma relação que já se fazia presente desde longa data e até mesmo se cogitava direito próprio de visitação antes de qualquer movimento de Constitucionalização⁹⁰. Mas o desenvolvimento de uma teoria jurídica mais completa perpassa por uma análise do contexto contemporâneo de relações de família, sendo relevante destacar que a superação de um modelo focado exclusivamente nuclear é seu pressuposto básico.

Há que se problematizar o que, em princípio, pareceria uma obviedade em termos de estrutura de parentesco: os avós são pais dos pais. Essa assertiva merece uma melhor apuração. Como se argumentou no tópico anterior, essa estrutura não é aferida a partir do dado biológico: é um dado cultural, o qual o Direito vem tentando apreender. Em verdade, biológico nunca foi. A dita consanguinidade do Direito Civil era falsa: o parentesco era determinado culturalmente a partir da família matrimonializada. O vínculo biológico não prevalecia contra o homem casado, restando a criança extramatrimonial como “filha das estrelas”⁹¹. O marido traído poderia jamais contestar sua paternidade. A aferição jurídica da paternidade se dava a partir da família nuclear matrimonializada: as presunções *pater is est* e *mater semper*

⁹⁰ Ver item 4.1.

⁹¹ Trata-se de figura de linguagem cunhada por Luiz Edson Fachin, para se referir aos filhos sem nome do pai na certidão de nascimento, ao qual em substituição seria colocada uma série de asteriscos, as “estrelas”: FACHIN, Luiz Edson. A filha das estrelas em busca do artigo perdido. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/7828-7827-1-PB.doc>>. Último acesso em 30 de maio 2014, às 13:25.

certa est são clara demonstração do paradigma do casamento. A adoção, parentesco civil, era vista como um remédio ao casamento que não atingiu seu fim procriacional.

No entanto, o discurso jurídico da filiação tem se dissociado do casamento. Pode se amparar no dado biológico, na adoção ou na socioafetividade. É importante consignar a partir deste tripé: a ascendência não se confunde com o matrimônio. Basta perceber que, hodiernamente, o filho extramatrimonial pode propor demanda investigatória de paternidade contra o homem casado. Nem sempre foi assim. Aliás, só recentemente é que se pôde conhecer com precisão a ascendência genética e esse dado não é irrelevante. Não obstante, fala-se que a filiação socioafetiva sempre deve prevalecer sobre o dado biológico: “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”⁹². Entretanto, não há que se falar em primazia rígida da paternidade/maternidade socioafetiva, devendo ser analisado o caso concreto.

A paternidade/maternidade por adoção nem sempre importou em relação avoenga. Cabe lembrar que a adoção prevista pelo Código Civil de 1916 era a chamada adoção simples, que não fazia com que o adotado se tornasse parente dos parentes dos adotantes, salvo para impedimentos matrimoniais (art. 376).

Desde a Constituição de 1988 foi estabelecida a igualdade de filiação independentemente de origem. Abolida a referência no matrimônio para a aferição da filiação do campo jurídico, a relação avoenga foi alargada. Filhos socioafetivos ou adotados dos pais passaram a ser, igualmente, netos.

Diga-se mais: o parentesco por afinidade está sendo repensado. Cogita-se, no Brasil e em outros países, que haja reais efeitos dos vínculos entre padrastos/madrastas e enteados(as), em decorrência da afetividade que pode exsurgir nestas relações – cabendo consignar que resta assegurado, desde a “Lei Clodovil” (Lei n.º 11.924/2009), que acresceu o §8º ao artigo 57 da Lei de Registros

⁹² LÔBO, P. L. N. **Direito civil**: famílias, p. 70. No mesmo sentido: “Verifica-se, do exame dos art. 226 e 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.” (TEPEDINO, Gustavo A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: _____. **Temas de direito civil**. 2. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 351.)

Públicos, os enteados podem inserir o nome de família de seus padrastos ou madrastas, desde que com a concordância destes e sem prejuízo dos apelidos de família, mas as hipóteses de efeitos não se restringem a esta previsão legal. De igual modo, cogita-se que os efeitos jurídicos se estendam para os “avós afins”⁹³.

Assim, afirmar que avós são pais dos pais não tem, do ponto de vista do Direito, o mesmo significado que tinha há algumas décadas. Houve uma clara alteração dos significados em relação aos significantes “pai” e “mãe”.

Do ponto de vista da função, igualmente tem que se ter em conta a referência no modelo de família eudemonista. Se é uma família que prima pela realização individual de seus membros, não há como se deixar de reconhecer a releitura jurídica da relação avoenga, a partir da própria reconfiguração social.

O contexto histórico atual aponta para diversas mudanças na família. A instabilidade da família nuclear não poderia deixar de refletir nos laços de parentesco.

Uma das grandes marcas do transcorrer do século XX e início do século XXI é o sensível aumento de ruptura de uniões conjugais *lato sensu*. Verifica-se que, no ano de 2013, entre divórcios concedidos em 1º grau e escrituras públicas de divórcio, no Brasil houve um total de 324.921 divórcios⁹⁴. No entanto, isso não significa que a família, ou a família matrimonial, está chegando a seu fim: no mesmo ano, o IBGE registrou 1.052.477 casamentos. Ou seja, casou-se mais do que o triplo do número de divórcios. Cabe asseverar que deste universo de mais de um milhão de

⁹³ Na produção jurídica argentina, vemos a seguinte defesa: “si la relación entre abuelos y nietos afines es un lazo afectivo relevante para el desarrollo de la personalidad y consolidación de la faz dinámica del derecho a la identidad de ambos, encuentran en el Derecho un lugar de protección y respeto pues son titulares de un derecho de comunicación e incluso un derecho al cuidado del nieto afín ante la imposibilidad o dificultad de suma gravedad por parte de los progenitores.” (GROSMAN, Cecilia Paulin; HERRERA, Marisa. Una intersección compleja: ancianidad, abuelidad y Derecho de Familia. In: **Oñati sócio-legal series**, Oñati, v. 1, n. 8, 2011, p. 24.). Cumpre ressaltar que, em 2014, foi aprovado o novo Código Civil e Comercial de la Nación, que entrou em vigor em 1º de agosto de 2015, e regulou expressamente a relação entre progenitores e filhos por afinidade, estipulando direitos e deveres, sem excluir os cabíveis aos titulares da responsabilidade parental, nos artigos 672 a 676; no entanto, a novidade legislativa não previu a figura dos avós por afinidade.

Em contexto brasileiro, encontra-se defesa na literatura jurídica – sem termos uma regulamentação legal sobre o tema –, do que podemos citar como exemplo: LUDWIG, Frederico Antônio Azevedo. **O princípio do afeto e a relação entre avós e netos por afinidade**. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12759&revista_caderno=14>. Último acesso em 27 de novembro de 2015, às 01h38.

A defesa em solo argentino

⁹⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil**. Rio de Janeiro: IBGE, v. 40, 2013, p. 155-184.

casamentos, cerca de 3.700 foram entre pessoas do mesmo sexo⁹⁵. Essas estatísticas reforçam a hipótese de que se quer o ninho, mas não o nó da família, o que gera uma alta instabilidade de vínculos.

O aumento dos divórcios implica, também, na expansão dos fenômenos da monoparentalidade e da família recomposta, que são temas de debate entre os juristas há alguns anos. Mas reflete, igualmente, na relação avoenga.

As novas dimensões da vida familiar – tais como as mudanças nas relações de casamento e a monoparentalidade – parecem também colocar em evidência muito mais os laços intergeracionais e destacar a presença de avós nas cenas familiares. Nas famílias pobres, isto se aguça: a vulnerabilidade vivida pela família impede, tanto para os membros mais jovens como para os idosos, movimentos na direção de maior autonomia. Por sua vez, essas famílias, desprovidas de proteção social, têm necessidade de incrementar as trocas intergeracionais para responder às exigências dos diversos momentos de seu ciclo de vida. Os avós, como já foi apontado, participam ativamente dessas trocas.⁹⁶

Não é raro o fenômeno do cônjuge separado ou divorciado ou do egresso de uma união estável, bem como da mãe solteira, que, detendo a guarda fática ou legal dos filhos, acaba necessitando de especial ajuda, sendo com frequência os seus pais que exercem o papel de auxílio financeiro e afetivo. Neste cenário, pesa contra a mulher dois fatos: ela é quem normalmente detém a custódia dos filhos, seja nos divórcios⁹⁷ ou pelo fato de que, não tendo constituído família com o genitor biológico, ela é quem criará a prole até que realize – se é que será realizada – a averiguação da paternidade, havendo a possibilidade nada infrequente de que o pai nunca assuma suas responsabilidades efetivamente; a mulher tem mais dificuldade de se inserir no

⁹⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Brasil já realizou 3,7 mil casamentos entre pessoas do mesmo sexo**. Brasília: CNJ, 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79374-brasil-ja-realizou-3-7-mil-casamentos-entre-pessoas-do-mesmo-sexo>>. Publicado em 15 de maio de 2015. Último acesso em 29 de novembro de 2015, às 12h32.

⁹⁶ VITALE, Maria Amalia Faller. Avós: velhas e novas figuras da família contemporânea. In: ACOSTA, Ana Rojas; VITALE, Maria Amalia Faller (org.). **Família: redes, laços e políticas públicas**. 5. Ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 100.

⁹⁷ Segundo estatísticas do IBGE do ano de 2011, 87,6% das mulheres recebiam a guarda dos filhos nos divórcios, 5,3% eram concedidas aos homens, 5,4% era compartilhada e 1,6% era concedida a outros. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil 2011**. Rio de Janeiro: IBGE, v. 38, 2012, p. 45-46.). Em 2014, tal estatística não se alterou profundamente: e, 85,1% dos divórcios judiciais a guarda dos filhos crianças ou adolescentes eram concedidas às mulheres, 5,5% dos homens, 7,5% para ambos 1,0% para outros e 1,0% não declarado. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil 2014**. Rio de Janeiro: IBGE, v. 41, 2014, p. 57-58.)

mercado de trabalho quando tiver filhos, em especial nas classes economicamente mais desfavorecidas, em que justamente o labor feminino é mais necessário para uma sobrevivência digna⁹⁸. Assim, há especial vulnerabilidade destas famílias monoparentais chefiadas por mulheres, sendo que o socorro advém com frequência dos pais destas. Não é raro o fenômeno da mulher que retorna à casa dos pais com seus filhos, convivendo três gerações na mesma casa⁹⁹. Se isso não ocorre, ao menos é necessário auxílio para que a mulher retorne ao mercado de trabalho, pois é certo que o divórcio implica em necessária redução de renda¹⁰⁰.

Situação em que também os avós aparecem com especial protagonismo é quando tem lugar a maternidade adolescente. Em verdade, não raro eles é quem fazem o papel parental. Uma série de conflitos pode exsurgir nesta dinâmica familiar, havendo que se questionar até que ponto advém efeitos positivos desta relação trigeracional:

Nos estudos de Vecchiolla e Maza foi detectado que apenas 19% a 25% dos pais biológicos dos bebês das adolescentes viviam com eles ou eram freqüentemente envolvidos em seus cuidados. Na pesquisa realizada por Unger e Wandersman, as mães que recebiam um bom suporte da família e dos parceiros conjuntamente eram mais responsáveis no exercício da maternidade. Contudo, vários pesquisadores afirmaram que na maternidade adolescente, freqüentemente, os avós chegam a assumir o papel dos jovens pais. Pergunta-se: até que ponto assumir esse papel é favorável ou desfavorável para a dinâmica familiar? Existem outros papéis desempenhados pelos avós? Quais os avós (paternos ou maternos)

⁹⁸ LEITE, E. de O.. **Famílias monoparentais...**, p. 155-164.

⁹⁹ “Desprovida de recursos econômicos suficientes a lhe garantir a vida autônoma, já afirmáramos em 1997, a mulher permanece na casa de seus pais, juntamente com seu filho, o que lhe garante uma dupla vantagem: maior divisão nas despesas e apoio da avó materna (no caso de a mulher exercer qualquer atividade exterior à casa). O recurso aos parentes, especialmente a avó materna, é tipicamente brasileiro e faz parte da nossa mais pura tradição patriarcal.” (LEITE, Eduardo de Oliveira. Prestação alimentícia dos avós: a tênue fronteira entre obrigação legal e dever moral. In: _____. **Estudos de Direito de Família e pareceres de Direito Civil**: em homenagem à Dra. Regina Bilac Pinto, a “Grande Dama” da editoração jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 251.)

¹⁰⁰ “Ora, a ruptura e a maternidade celibatária incitam a trabalhar (quem nunca trabalhou) e o retomar o trabalho (para aquelas que o haviam suspenso temporariamente) para garantir uma melhor situação econômica para si e para os filhos. Pelo menos esta é a tendência que sempre acompanhou a monoparentalidade.

Entretanto, as mulheres, ainda uma vez, pagam um elevado ônus pela sua dupla atividade. ‘Um exame longitudinal da evolução do mercado de trabalho mostra que as mulheres devem se contentar, durante um certo tempo, com a remuneração particularmente fraca quando elas retomam o emprego após a maternidade. Sob o efeito conjugado da perda da antiguidade e das exigências domésticas, as mães que retomam o trabalho são relegadas aos empregos menos remunerados e um grande número delas são vítimas de uma deslocação profissional, desde quando elas assumem este duplo papel de mãe e de mulher que trabalha’.” (LEITE, E. de O.. **Famílias monoparentais...**, p. 303.)

que mais atuam na maternidade adolescente? Como fica a situação de famílias em que o casal adolescente ou a mãe adolescente solteira reside na mesma casa de sua família de origem? Como demarcar os limites entre ser pai e mãe e ser avô e avó do bebê?¹⁰¹

Os avós maternos são, com frequência, partícipes na criação dos netos (sem desconsiderar as hipóteses, menos comuns, em que, nos casos de monoparentalidade materna, a família paterna assume o papel de solidariedade ao neto). Isso porque, em regra, se encontram mais estabilizados financeira e emocionalmente que a mãe e, por outro lado, convivem mais proximamente do que a família paterna. Mas não raro avós de ambos os troncos da ascendência auxiliam nos cuidados dos netos.

Cabe salientar ainda que, embora os avós também sejam influenciados pela separação/divórcio de um(a) filho(a), é mais provável que eles estejam numa fase estável nas suas vidas, sendo possível que possam prestar assistência emocional ou expressiva e instrumental a seus filhos, ex-genros/noras e netos, desempenhando, então, um papel mais atuante. No entanto, esta contribuição está relacionada a diversos fatores como: distância geográfica, custódia parental, situação empregatícia, idade, sexo e estado civil dos avós, entre outros.¹⁰²

Muito se discutiu e se discute, com razão, sobre a parentalidade, sem dúvida a relação mais essencial na formação da criança. Mas os diversos saberes já não mais ignoram a existência da avosidade, cujos estudos ainda estão em estágio inicial:

Avosidade é tema ainda pouco estudado. Com as mudanças rápidas que ocorrem nas famílias na contemporaneidade, os avós estão ocupando novos papéis. Portanto, novas pesquisas devem ser feitas, com caráter horizontalizado ou verticalizado fazendo-se novas perguntas. Como inúmeros fatores determinam a configuração das relações entre avós e netos, deve-se questionar também sobre: a idade em que isso ocorreu, a incidência de outros netos, a história de relacionamento com os filhos e seus parceiros, a história de relacionamento com o próprio parceiro, o entendimento do envelhecimento pelo próprio avô/avó e determinações culturais, entre

¹⁰¹ FALCÃO, Deusivânia Vieira da Silva; SALOMÃO, Nádia Maria Ribeiro. O papel dos avós na maternidade adolescente. In: **Estudos de psicologia**, Campinas, v. 22, n. 2, abr./jun. 2005, p. 208.

¹⁰² ARAÚJO, Mayeve Rochane Gerônimo Leite; DIAS, Cristina Maria de Souza Brito. Papel dos avós: apoio oferecido aos netos antes e após situações de separação/divórcio dos pais. In: **Estudos de psicologia**, Natal, v. 7, n. 1, p. 91-101, 2002, p. 92.

outros. Além disso, o papel do avô difere do da avó, tornando necessárias pesquisas focando essas diferenças.¹⁰³

Cabe asseverar que a avosidade, como fenômeno de grandes proporções, é relativamente recente, próprio dos séculos XX e XXI. Isso em razão da progressão na longevidade das populações¹⁰⁴.

A complexidade das relações familiares se dá em todos os níveis. Por um lado, há uma redução na diferença de idade entre cônjuges, o que, associado com a maior longevidade, permite uma redução no número de avós viúvas quando do nascimento e, pelo menos, a infância dos netos. As crianças podem mais frequentemente conhecer ambos os avós e de ambos os lados, maternos e paternos¹⁰⁵. Por outro lado, isso não assegura que estes avós estarão juntos. A tendência de que os netos presenciem avós divorciados não é desprezível e só aumenta em razão do tempo¹⁰⁶. No entanto, isso não impede que os avós, ainda

¹⁰³ OLIVEIRA, Alessandra Ribeiro Ventura; VIANNA, Lucy Gomes; CARDENAS, Carmen Jansen de. Avosidade: visões de avós e de seus netos no período da infância. In: **Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia**, Rio de Janeiro, n. 13, v. 3, p. 461-474, 2010, p. 473.

¹⁰⁴ “Nos últimos anos, o número de crianças que tem a oportunidade de conviver com suas avós é crescente. Até pouco tempo essa intergeracionalidade era limitada apenas aos pais e filhos, pois os avós praticamente não existiam. Até meados do século XIX, apenas 3% da população ultrapassava 60 anos.” (OLIVEIRA, Alessandra Ribeiro Ventura. **Avosidade: visão das avós e de seus netos**. 2012. 71 f. Dissertação (Mestrado em Gerontologia) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Gerontologia, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2009, p. 27.)

¹⁰⁵ “As far as marriage is concerned, several fundamental changes in sequencing occurred during this century. Increases in longevity most likely led to a reversal in the timing of grandparenthood and widow(er)hood. Whereas early in this century widowhood often preceded the launching of the last child or occurred shortly thereafter, today's parents typically enjoy a lengthy empty-nest period together before one partner dies. Thus, today's grandparents are likely to experience the death of their partner well after they become grandparents. Recent delays in parenthood are likely to decrease the interval between grandparenthood and widowhood but unlikely to fully reverse this trend.” (SZINOVACZ, Maximiliane E.. Grandparents today: a demographic profile. In: **The gerontologist**, , v. 38, n. 1, 1998, p. 39.) Tradução livre: “No que se refere ao casamento, diversas mudanças fundamentais no sequenciamento ocorrerão durante este século. Aumentos na longevidade muito provavelmente levaram a uma reversão no tempo da avosidade e da viuvez. Enquanto que no começo deste século a viuvez com frequência precedia a saída do último filho de casa ou ocorria logo depois, os pais de hoje tipicamente aproveitam juntos um longo período de ninho vazio antes que um parceiro morra. Portanto, os avós de hoje são mais suscetíveis de experimentar a morte de seus parceiros muito depois de terem virado avós. A recente postergação da parentalidade provavelmente diminuirá o intervalo entre a avosidade e a viuvez, mas é improvável que reverterá completamente esta tendência.”

¹⁰⁶ Não sem certo tom de pessimismo, é este o diagnóstico de Sullerot, em lição no contexto francês certamente aplicável ao brasileiro: “Muitos daqueles e daquelas que alcançam a velhice neste final de século acolheram ou ajudaram sua filha durante seu divórcio, sofreram muito mais com o divórcio do seu filho porque a sua ex-nora partiu para longe e levou com ela os filhos; refez a “sua vida” e deu aos seus netos novos avós, genealogicamente falsos, mas diariamente presentes.[...] Neste fim de século, muitos são ainda os idosos que mantêm, aconteça o que acontecer, a sua casa de pé, aberta todos os Natais e aniversários, para que todos se reúnam e soprem juntos as velas dos anos de vida.[...] Estes avós irão desaparecer mesmo no início do século XXI. Irão suceder-lhes, começaram já a suceder-lhes, avós grande parte dos quais são divorciados. Os seus netos deixarão de saber verdadeiramente

assim, exerçam a função de acolhimento e/ou apoio dos membros egressos do núcleo familiar desfeito.

Há um contexto, nacional e mundial, de aumento no número de idosos e redução no número de crianças. A população brasileira, em termos etários, apresentava, na representação gráfica da pirâmide etária, uma estrutura triangular; agora, caminha para a figura geométrica do losango e, possivelmente, teremos uma pirâmide invertida em algumas décadas. As consequências desse fato são diversas, a começar pela crise nos sistemas de Previdência social. No Direito das Famílias, o reflexo da maior longevidade sobre o qual se deve refletir é a convivência intergeracional, em especial a relação avoenga¹⁰⁷.

Os idosos se apresentam como fonte de sustento financeiro nas famílias. Em estudo sobre a figura dos avós feita nas classes médias urbanas do Rio de Janeiro, Lins de Barros aponta que a contribuição financeira efetuada pelos avós a seus filhos e netos:

A dependência financeira entre as gerações é, neste universo social, um dado unilateral partindo sempre dos avós o auxílio aos filhos e netos. A clareza dessa dependência fica estabelecida principalmente nos casos em que os entrevistados têm uma situação social e, mais ainda, quando os filhos optaram por um estilo de vida considerado alternativo por seus pais.¹⁰⁸

Da mesma forma, não é incomum o auxílio financeiro avoengo nas famílias mais pobres. É uma tendência generalizada, no Brasil e no mundo, a de que os filhos permaneçam mais tempo na dependência financeira dos pais idosos¹⁰⁹.

No Brasil ainda se verifica uma saída tardia dos filhos do lar de seus pais. Camarano *et alli* apontam que tal saída só era considerada tardia quando se desse

o que é um apelido, um nome de família, uma casa de família, uma sepultura de família. O avô e a avó terão apelidos diferentes, morarão em locais diferentes, recusar-se-ão provavelmente a estar juntos em aniversários, como aliás acontece com muitos pais divorciados.” (SULLEROT, Evelynne. **A família: Da crise à necessidade**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 198-199.)

¹⁰⁷ Em breve não serão desprezíveis, se é que ainda o são, graus maiores de ascendência/descendência em relações cotidianas, como bisavós, trisavós e quem sabe até tataravós.

¹⁰⁸ LINS DE BARROS, M.. **Autoridade & afeto...**, p. 45.

¹⁰⁹ CAMARANO, Ana Amélia; KANSO, Solange; MELLO, Juliana Leitão e. Como vive o idoso brasileiro. In: CAMARANO, Ana Amélia. **Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?** Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 53.

após os vinte e seis anos de idade, o que decorre das dificuldades econômicas, como conseguir emprego e/ou adquirir uma casa própria¹¹⁰.

Os dados conduzem a uma convivência intensa na mesma residência entre diversas gerações. Até mesmo no princípio do século XX já se registrou o papel dos avós na criação das crianças, em famílias populares, “num contexto de flexibilidade da unidade doméstica, uma vez que era corrente um casal morar com os pais”¹¹¹. Hoje, no entanto, trata-se de um processo que se intensifica. A juventude prolongada, dependência estendida em relação aos pais, retorno à dependência dos pais após a falência de um relacionamento de conjugalidade, todos estes fatores colaboram para que os avós sejam mantenedores e referenciais afetivos de muitos netos.

Mas o papel dos avós não se restringe a esses casos. Mesmo naqueles em que o núcleo paterno-materno-filial se mantém coeso, os avós têm muito a contribuir na formação dos netos. O papel dos avós apresenta uma ampla gama além da parentalidade sub-rogada, funções afetivas importantes, como carinho, compartilhamento de histórias e auxílio nos cuidados¹¹²

Os papéis que os avós exercem acabam, muitas vezes, por concorrer com, ou mesmo substituir, as figuras paterna e/ou materna. Os chamados avós cuidadores, em especial nos casos em que residem na mesma casa, poderão exercer grande direcionamento na educação, escolar e moral, dos netos, poderão levá-los às mais diversas atividades construtivas e/ou lúdicas etc. Não será raro, no entanto, o conflito entre pais e avós. Haverá disputas no e pelo exercício dos papéis parental e avoengo. Isso quando os pais forem presentes, porque também há a comum situação de que os filhos tenham sido deixados aos cuidados dos avós¹¹³.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 141.

¹¹¹ VITALE, M.A.F.. Avós..., p. 95.

¹¹² Para um rol exemplificativo, citado em manual de cuidados parentais que reserva um capítulo aos avós: “ter guloseimas, dar um senso de família, compartilhar a história da família, participar de eventos familiares, brincar, viajar, tomar conta, causar bem-estar, dar ajuda de emergência, dar conselhos pessoais, ser alguém para conversar, acompanhar em atividades religiosas e dar conselhos sobre a escola”. (SMITH, Peter K.; DREW, Linda M.. Grandparenthood. In: BORNSTEIN, Marc H. (org.). **Handbook of parenting: being and becoming a parent**. 2. ed. London: Lawrence Erlbaum Associates, v. 3, 2002, p. 148.) Tradução livre. No original: “having treats, giving a sense of family, imparting family history, taking part in family events, playing games, going on trips, baby-sitting, making you feel good, giving emergency help, giving personal advice, being someone to talk to, joining in religious activity, and giving advice on school.”

¹¹³ “Dellman-Jenkins *et al.* afirmam que os avós tiveram seus papéis ampliados: é cada vez mais comum que eles tenham netos morando consigo. Eles lhes oferecem cuidados diários, responsabilizam-se também financeiramente e até obtêm sua custódia legal. Nessa situação de cuidado e papéis expandidos, há dois modelos de estrutura familiar que englobam a co-habitação de avós e netos, a

Cabe asseverar que os avós brasileiros apresentam grande papel afetivo na individualização dos netos, ao poderem trocar experiências entre si. O distanciamento que pais e filhos sofrem na adolescência, em que estes últimos buscam afirmar sua identidade, muitas vezes é menor com os avós¹¹⁴.

O papel da memória que os avós exercem é de grande valia. Cristina de Oliveira Zamberlam aponta dois objetivos que devem ser atendidos pela família: “a proteção psicossocial dos seus membros – função interna – e a acomodação a uma cultura e à transmissão dessa cultura – função externa”¹¹⁵. Os avós representam, com mais força, o passado e os valores que servem de referenciais familiares para os netos. Neste ponto, em específico, a convivência avoenga tem a contribuir para com a formação dos netos em grau até mais elevado do que a convivência parental. Assevere-se que, se na infância as brincadeiras e as interações afetuosas são mais apreciadas, com o passar do tempo as experiências repassadas e modo de se portar acabam sendo o mais valorizado, em especial na fase adulta dos netos:

Embora as diferenças entre os sexos não sejam estatisticamente significativas, vale salientar que, no caso do significado mais relevante, que foi o de sabedoria e experiência de vida, este foi dado pela maioria dos netos, enquanto para as netas o significado mais importante foi o de serem pessoas dignas de respeito. Isto nos leva a supor que o relacionamento avós-netos marcado pelo prazer e brincadeiras ocorra mais na infância, mas, à medida que os netos vão crescendo, outros significados vão adquirindo mais relevância.¹¹⁶

saber: na primeira, temos os lares compostos por três gerações que teve considerável aumento a partir da década de 80, em que ambos os pais ou ao menos um deles reside com avós e netos. Já na segunda, mais comum a partir da década de 90, os pais estão ausentes do lar e cabe aos avós todo o cuidado com os netos.” (ARRAIS, Alessandra da Rocha *et al.* O lugar dos avós na configuração familiar com netos adolescentes. In: **Kairós gerontologia**, São Paulo, v. 15, n. 2, mar. 2012, p. 161-162.)

¹¹⁴ “Se é verdade que a passagem à adolescência e à idade adulta pode resultar em um distanciamento entre pais e filhos e tornar difícil a discussão sobre certas questões, essa distância não parece ser tão grande entre avós e netos: eles continuam a fazer pequenas confidências entre si. Entre os brasileiros, essas conversas invadem a intimidade, uma vez que eles falam também de comportamento sexual: os(as) primeiros(as) namorados(as), a contracepção e a prevenção contra a Aids, a virgindade, que é ainda um valor cultural em certas camadas sociais brasileiras.” (PEIXOTO, Clarice Ehlers. Avós e netos na França e no Brasil: a individualização das transmissões afetivas e materiais. In: PEIXOTO, Clarice Ehlers; SINGLY, François de; CICHETTI, Vincenzo (org.). **Família e individualização**. (Traduzido por Ângela Xavier de Brito.) Rio de Janeiro: FGV, 2000, p. 108)

¹¹⁵ ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 84.

¹¹⁶ DIAS, Cristina Maria de Souza Brito; SILVA, Márcia Andréa Souza e. Os avós na perspectiva de jovens universitários. In: **Psicologia em estudo**, Maringá, v. 8, n. especial, 2003, p. 59.

Uma característica dos avós brasileiros é sua idade mais reduzida. Ademais, no Brasil, há especial sentimento de que os laços familiares devem ser cultivados, herança de nossa forma patriarcalizada de família. Isso inclusive contribuiu com que os avós enfrentem longas e extenuantes viagens para ver os netos que moram em outras cidades, o que é mais raro, por exemplo, na França, apesar do fato de que este último país tem distâncias mais curtas e melhores meios de transporte¹¹⁷.

Há que se destacar que a formação de uma relação avoenga sadia, em especial quando se residem em lares separados, depende muito da intervenção parental. Os pais, e com mais frequência a mãe, acabam por influenciar a afinidade que a criança tem com determinados avós¹¹⁸. No entanto, ao menos para o contexto dos Estados Unidos, aparentemente o divórcio dos pais não tem grande influência na afetividade entre avós e netos e a redução do contato se dá mais especificamente entre netas e avós paternos¹¹⁹. Não conseguimos, na pesquisa bibliográfica, encontrar dados amostrais ou estatísticos sobre a temática no território brasileiro.

¹¹⁷ Ver: PEIXOTO, C. E.. Avós e netos..., p. 104.

¹¹⁸ "Contact and exchanges between generations are most often facilitated and carried out by women. Women are closer to kin of all sorts than are males. They organize get-togethers, remember birthdays, write Christmas cards. Women are also 'family monitors', who observe the course of and register changes in family and kin relationships.

One result of women's kin-keeping is that children's relationships with their maternal grandparents are warmer and more emotionally complex than with their paternal grandparents. Grandparents' relationship with the daughter or daughter-in-law is one of the most important determinants of how often grandparents and grandchildren contact each other. By contrast, relationships with sons or sons-in-law do not seem to influence grandparents contact with grandchildren, controlling for relationships with their wives." (GRAVENISH, Brenda A.; THOMSON, Elizabeth. Marital disruptions and grandparent relationships. In: CENTER FOR DEMOGRAPHY AND ECOLOGY. **A national survey of families and households**. Madison: University of Wisconsin-Madison, 1996, p. 3-4. Disponível em: <<http://www.ssc.wisc.edu/cde/nsfhw/nsfh74.pdf>>. Último acesso em 30 de novembro de 2015, às 03h15.). Tradução livre: "Contato e trocas entre gerações são com mais frequência facilitadas e levadas a termo por mulheres. Mulheres são mais próximas aos parentes de todos os tipos do que os homens. Elas organizam reuniões, lembram-se de aniversários, escrevem cartões de Natal. Mulheres também são 'monitoras da família', que observam o curso e registram mudanças nas relações das famílias e dos parentes.

Um resultado da manutenção do parentesco pelas mulheres é o de que as relações dos filhos com seus avós maternos sejam mais caloroso e mais emocionalmente complexo do que com seus avós paternos. A relação dos avós com a filha ou com a nora é um dos mais importantes determinantes da frequência com que avós e netos mantêm contato. Por outro lado, relações com filhos ou genros não parece influenciar o contato dos avós com os netos, levando em conta as relações com suas esposas."

¹¹⁹ "The single significant effect of divorce found in our analysis is, however, consistent with gendered characteristics of divorce and kinship. Contact with paternal grandparents was reduced, as would be expected when most fathers are nonresident parents and may themselves have considerably reduced contact with their children. But this difference was found only for granddaughters, consistent with the slightly higher levels of contact nonresident fathers maintain with sons than with daughters. Nevertheless, neither granddaughters nor grandsons report any less positive relationships with grandparents after divorce." (GRAVENISH, B. A.; THOMSON, E.. *Op. cit.*, p. 14.) Tradução livre: "O único efeito significativo do divórcio encontrado em nossa análise é, contudo, consistente com outras

Não deve se pensar, no entanto, que a relação avoenga é de uma única via. Os netos também têm muito a contribuir com os avós. Adaptados a novas tecnologias em uma era de constantes mudanças, a nova geração pode auxiliar a anterior a lidar com as novas ferramentas que se colocam.

A situação dos idosos que perdem sua autonomia, em certo ponto, refletem nas relações avoengas. Não se pode ignorar que a vulnerabilidade concreta desses sujeitos exige uma maior tutela, sendo a convivência familiar muito contributiva à promoção de sua dignidade.

Apresenta-se, no Brasil, um aumento no número de famílias chefiadas por idosos e uma redução no número, tanto absoluto como relativo, de núcleos familiares com idosos dependentes¹²⁰. Conforme avança a idade, em especial com as idosas, a tendência é que se considere que é dependente; ainda assim, mesmo quando não tem autonomia, o idoso homem permanece no papel de chefe de família, em razão da renda¹²¹. O papel do idoso na família varia conforme o gênero: os homens tendem a ser, com seus benefícios previdenciários e eventualmente até com o reingresso no mercado de trabalho, mantenedores, ao passo que as mulheres auxiliam no cuidado. Ainda, verifica-se que mulheres idosas, quando viúvas ou divorciadas/separadas, com certa frequência vão residir com os filhos¹²², o que também gera coresidência com os netos.

A estatística poderia levar a crer que o grande número de idosos chefes de família importaria num reduzido grau de dependência, em especial na população masculina, que não costuma ir morar com os filhos. Tal hipótese, não se revela

características de gênero [apresentadas] no divórcio e no parentesco. Contato com avós paternos foi reduzido, como seria de se esperar quando a maioria dos pais são não [co-]residentes e podem eles mesmos ter reduzido consideravelmente o contato com seus filhos. Mas esta diferença foi encontrada apenas com netas, consistente com os níveis ligeiramente mais altos de contato que os pais não [co-]residentes mantêm com filhos em relação às filhas. Não obstante, nem netas e nem netos relatam relações um pouco que sejam menos positivas com os avós após o divórcio.”

¹²⁰ Trata-se de uma tendência que Camarano *et alli* demonstram entre os anos 1980 e 2000, mas que em suas causas provavelmente se mantém. Ver: CAMARANO, Ana Amélia *et alli*. Famílias: espalho de compartilhamento de recursos e vulnerabilidades. In: CAMARANO, Ana Amélia. **Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?** Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 146.

¹²¹ CAMARANO, A. A. *et alli*. *Op. cit.*, p. 155.

¹²² “A co-residência é mais freqüente no universo feminino entre as mulheres de mais idade, pois elas freqüentemente recorrem ao suporte moral dos filhos logo que enviúvam. Assim, ou elas vão morar com um dos seus filhos (se não são proprietárias) ou um dos filhos (em geral aquele que não é proprietário) retorna à casa materna, tanto para fazer companhia quanto para ajudar no cotidiano doméstico.” (PEIXOTO, Clarice Ehlers; LUZ, Greice Mattos. De uma morada a outra: processos de re-coabitação entre as gerações. In: **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 29, jul./dez. 2007, p. 175.)

verdadeira, pois não há correlação entre coabitação e perda de autonomia. Podem os idosos restar desamparados ou desejarem, apesar de suas condições, habitar em sua residência própria. Aliás, o maior acolhimento para cuidados da população idosa materna pode estar relacionado aos motivos que determinam o dever de cuidar do idoso: “motivos altruístas, incluindo sentimento de ligação e empatia; normas sociais, incluindo reciprocidade e dever moral, e motivos orientados ao *self* do cuidador, tais como o de evitar culpa ou ‘senso de estar em débito’”¹²³. A mãe, sendo quem tende a criar mais aproximação com os filhos, assim como a avó materna também tende a ter mais vínculos com os netos, despertará mais o senso de responsabilidade da prole¹²⁴, em especial das filhas, sendo que os filhos tendem a ser provedores.

Deve-se refletir, também, a questão da violência. Nem toda situação familiar se dá de forma salutar e diversos casos podem desbordar para as diversas formas de violência, seja a psicológica, a patrimonial, a física ou mesmo a sexual.

Os avós podem aparecer como agentes violadores de direitos dos netos, enquanto crianças e adolescentes, ou como notificadores da violência praticada pelos pais. Assevere-se que, neste último ponto, em especial no que se refere à violência física, os avós sejam até certo ponto coniventes por tolerarem castigos físicos como forma de educação, desde que não ultrapassem determinado limite¹²⁵. A rejeição aos castigos físicos como forma legítima de educação é algo que vem sendo visto negativamente pela sociedade de forma gradativa, mas não se pode afirmar, atualmente, apesar das iniciativas legislativas¹²⁶, que se trate de um valor majoritário no contexto brasileiro. Não é de se esperar que a maioria das pessoas de uma geração anterior sejam contrárias a esta forma de violência.

¹²³ PINTO, Meyre Eiras de Barros. **Velhice, dependência e cuidado**: perspectiva psicossocial. Londrina: UEL, 2005, p. 16.

¹²⁴ PINTO, M. E. de B.. *Op. cit.*, p. 19.

¹²⁵ “Para as avós, a violência física é uma estratégia completamente legitimada na educação dos filhos. Apenas a intensidade dos castigos físicos foi questionada por elas, mas não o seu emprego. Isso equivale a afirmar que esses sujeitos rejeitam a utilização de violência física contra crianças somente nos casos em que esta deixa marcas visíveis em seus corpos ou, se a partir de uma avaliação subjetiva, delas próprias, aquela violência cometida ultrapassar o limite do “bater” para uma violência física mais grave.” (BERNARDES, Lígia da Fonseca. **Violência física intrafamiliar contra crianças**: os sentidos atribuídos por três gerações. 2011. 151 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) Universidade Católica do Goiás, Goiânia. 2012, p. 123.)

¹²⁶ Referência especial se faz à “Lei da Palmada” (Lei n.º 13.010/2014), que tornou os castigos físicos a filhos uma conduta ilícita.

Em relação aos idosos, não se deixa de vislumbrar que a coabitação e a dependência econômica estejam relacionadas com a violência, bem como se extrai que os agressores a idosos mais comuns estão presentes no rol de parentesco, com uma forte causa na drogadição. Embora os filhos e genros/noras apareçam como mais frequentes agressores, a prática mostra que os netos eventualmente também se colocam nesta posição.¹²⁷

Dadas algumas noções sobre a conformação da relação avoenga na sociedade contemporânea, passa-se à análise da principiologia que servirá de substrato à sua apreensão jurídica.

2.3 OS PRINCÍPIOS DE DIREITO DAS FAMÍLIAS E A RELAÇÃO AVOENGA

Não é possível negar a importância da aplicação principiológica no Direito, no Direito das Famílias e nas relações avoengas. Superou-se a etapa de que princípios teriam uma aplicação meramente subsidiária, os ditos “princípios gerais do direito”, para se reconhecer sua aplicação direta aos casos que se colocassem¹²⁸. E, neste

¹²⁷ “Estudos nacionais e internacionais evidenciam que existe um perfil do abusador familiar: por ordem de frequência, costumam ser, em primeiro lugar, os filhos homens mais que as filhas; e a seguir, noras e genros; e esposos. Sanmartin et al., em uma amostra de 307 idosos maltratados acima de 70 anos, encontraram o seguinte perfil de agressores: 57% eram filhos e filhas; 23% eram genros e noras; 8%, um dos cônjuges. Anetzberger et al. também evidenciaram, como principais agressores, filhos homens em 56,5% dos casos; e filhos homens solteiros com idade inferior a 49 anos, em 78,3% dos casos, em um estudo qualitativo realizado com abusadores e não-abusadores, nos Estados Unidos.

A caracterização do *agressor* foi mais aprofundada por alguns autores que se perguntaram pelas situações de risco que os idosos vivenciam nos lares, ressaltando as seguintes: agressor e vítima viverem na mesma casa; o fato de os filhos serem dependentes financeiramente de seus pais de idade avançada; ou de os idosos dependerem da família de seus filhos para sua manutenção e sobrevivência; o abuso de álcool e drogas pelos filhos, outros adultos da casa ou pelo próprio idoso; haver, na família, ambiente e vínculos frouxos, pouco comunicativos e pouco afetivos; isolamento social dos familiares e da pessoa de idade avançada; o idoso ter sido ou ser uma pessoa agressiva nas relações com seus familiares; haver história de violência na família; os cuidadores terem sido vítimas de violência doméstica; padecerem de depressão ou qualquer tipo de sofrimento mental ou psiquiátrico.

Dentre todos os fatores, a maioria dos estudiosos referidos ressalta a forte associação entre maus-tratos aos velhos e dependência química. Segundo Anetzberger et al., 50% dos abusadores que entrevistaram tinham problemas com bebidas alcoólicas. Esses autores e Chavez assinalam que os agressores físicos e emocionais dos idosos usam álcool e drogas em uma proporção três vezes mais elevada do que os não-abusadores.” (MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência contra idosos: relevância para um velho problema. In: **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v.19, n.3, 2003, p. 789.)

¹²⁸ SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: _____. **Direito civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 12-13.

contexto, faz-se necessário discernir quais os princípios que incidem sobre as relações de avós e netos, a fim de se extrair quais os possíveis efeitos jurídicos daí decorrentes.

O panorama mudou com a Constituição de 1988, que redesenhou o Direito das Famílias e o tornou plural – permitindo a apreensão de formas de família para além da família nuclear. Passamos à análise da ideologia que levou a esta etapa.

Em verdade, pode-se dizer que a centralidade da Constituição, enquanto proposta para um novo Direito Civil, só logrou obter prestígio em território nacional pelos valores que a Carta Magna de 1988 trouxe consubstanciados em seu bojo. Fruto de embates entre diversas forças políticas, a Constituição resultou em um texto plural a partir do processo de redemocratização¹²⁹.

Dentre as diversas inovações constitucionais está a consagração da dignidade da pessoa Humana como fundamento da República (CR/88, art. 1º, inciso III), a que se pode apontar como maior e mais festejado encanto¹³⁰.

Examinar o princípio da dignidade da pessoa humana permite compreender as transformações no Direito das Famílias que o direcionaram com a preocupação com as pessoas concretas e suas relações. Mais do que amoldar e excluir, um Direito que se preocupa mais com a pessoa não busca negar o que não está por ele contemplado, mas sim se amolda para incluir as relações por ele ainda não abrangidas a contento – tal como a relação avoenga –, desde que, evidentemente, não estejam em contrariedade com seus valores essenciais.

¹²⁹ “Aqui, o leitor poderá se perguntar se o direito civil-constitucional não consiste em uma construção puramente ‘europeia’, um estrangeirismo apto a atender tão somente às necessidades específicas da realidade alheia. A resposta é negativa. Embora a matriz do pensamento civil-constitucional radique fundo no contexto europeu do pós-guerra, é certo que, ressalvadas algumas peculiaridades, a proposta central de releitura do direito civil à luz da Constituição cairia como luva na experiência brasileira das últimas décadas do século XX. Se, na Itália e na Alemanha, a derrubada dos regimes autoritários foi o gatilho para a edição de novas Constituições e a consequente reformulação do direito civil, tal coube, no Brasil, ao processo de ‘redemocratização’, que deu fim a um longo e tenebroso período de ditadura militar.” (SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: _____. **Direito civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 9.)

¹³⁰ Num dos sentidos que lhe dá David Sánchez Rubio, ao tratar do discurso dos Direitos Humanos e que poderia ser igualmente aplicado a este contexto: “Como toda produção humana, deve-se partir da ideia de que Direitos Humanos podem ser uma instância de luta libertadora por uma dignidade que emancipa, como também podem ser um instrumento de dominação que legitima distintas formas de exclusão e inferiorização humanas, e aí está seu duplo efeito, encantador e de desencanto.” (RUBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. (Traduzido por Ivone Fernandes Morcillo Lixa e Helena Henkin.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 15.)

A centralidade desse princípio é a tendência da chamada repersonalização do Direito Privado. Seria errôneo, no entanto, dizer que isso teve o condão de colocar a pessoa como preocupação: o sujeito já gozava de prestígio na ambiência do Direito moderno. No entanto, não era o mesmo sujeito descrito atualmente, mas sim a figura do sujeito de direito, sendo abstraído de suas particularidades e tendo exaltadas suas relações patrimoniais¹³¹. O diferencial do Direito contemporâneo, em verdade, é que há uma maior preocupação com as necessidades concretas dos seres humanos, o acesso a bens essenciais para sua sobrevivência digna. Fala-se em uma cláusula geral de tutela à pessoa humana, que significaria que os institutos jurídicos serviriam à promoção de valores essenciais à pessoa¹³², sendo uma tutela não apenas de forma repressiva, de violação a direitos da personalidade, mas condicionando as instituições ao respeito ao valor essencial das pessoas.

A principiologia constitucional permitiu que o Direito positivo trouxesse, para o seu bojo, uma gama de valores. Como aponta Barroso: “Tanto os direitos fundamentais quanto os princípios constitucionais representam uma abertura do sistema jurídico ao sistema da filosofia moral”¹³³. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

¹³¹ Sobre a pessoa do Direito Civil clássico: “O que movimenta juridicamente a pessoa codificada não são seus anseios, seus sonhos, suas necessidades pessoais, mas os interesses patrimoniais que representa. Circunscrita a essa clausura, tem seus direitos reconhecidos e assegurados e seus deveres delimitados e exigidos na medida em que pretenda ou deva adquirir bens, administrá-los ou transmiti-los.

Tais limites definidos pelo sistema codificado trazem em si uma razão bastante significativa: enaltecer o patrimônio e, dessa forma, outorgar à sociedade a pretensa segurança de que supostamente necessita; ou, olhando-se sob um prisma mais realista, suplantar os anseios pessoais daqueles que se apresentam indiferentes ao sistema, eis que desprovidos de bens patrimoniais.

O sujeito virtual distancia-se do real e concreto, porque o sistema pretende, dessa forma, reafirmar-se em sua ideologia de suposta segurança e perpetuidade. Nesse sentido, alheios ao sistema estão todos aqueles que não se apresentam adequados ao modelo imposto. Produz-se, dessa forma, o silêncio e o distanciamento interessantes e necessários daqueles que não correspondem à moldura ideologizada. Há preconceito? Evidentemente, sim; mas a idéia que tais incongruências parecem querer transmitir é a de que se a perfeição formal é atingida, o ‘restante’ não tem mesmo importância.” (MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 92.)

¹³² “Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, tomada como valor máximo pelo ordenamento.” (TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil constitucional brasileiro. In: _____. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, t. 1, 2004, p. 50.)

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 67.

indica a necessidade de se “identificar o conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana a partir de um substrato axiológico”¹³⁴.

O problema que se coloca para a repersonalização é que, ao mesmo tempo em que a força da expressão “dignidade da pessoa humana” encanta e motiva a busca de um Direito mais ético, sua abertura semântica torna a sua aplicação dificultosa. A dificuldade se apresenta até mesmo em identificar sua natureza jurídica. Neste sentido, aponta Luís Roberto Barroso¹³⁵ que se trataria de um princípio constitucional, ao servir como fonte de direitos e deveres – ainda que não expressos – e ao prestar um papel interpretativo, mas não seria um direito autônomo, uma vez que serviria de alicerce último a direitos verdadeiramente fundamentais.

Aponta, ainda, Barroso, bem como o faz Maria Celina Bodin de Moraes, que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser amparado na concepção kantiana de que as pessoas possuem dignidade enquanto as coisas possuem preço, não podendo as primeiras serem utilizadas como meios para qualquer fim. Nesse contexto, a partir da construção kantiana, Moraes aduz quatro subprincípios que são imediatamente decorrentes da dignidade: liberdade, integridade psicofísica, igualdade e solidariedade¹³⁶. Barroso, por sua vez, aponta três elementos que integrariam o conteúdo mínimo da dignidade humana: valor intrínseco da pessoa (entendido como “conjunto de características que são inerentes e comuns a todos os seres humanos, e que lhes confere um *status* especial e superior no mundo, distinto de outras espécies”, do que decorre uma série de Direitos Fundamentais como o direito à vida e o direito à integridade física e psíquica); autonomia (entendida como “fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa”, se apresentando nas facetas das autonomias pública e privada, bem como de mínimo existencial); valor comunitário (a aceitação de restrição da dignidade para proteção dos direitos e da dignidade de terceiros e do próprio indivíduo, bem como de valores sociais compartilhados)¹³⁷.

¹³⁴ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Dignidade da pessoa humana. In: CLÈVE, Clémerson Merlin (coord.). **Direito Constitucional brasileiro: teoria da Constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2014, p. 175.

¹³⁵ BARROSO, L. R.. **A dignidade...**, 2013, p. 61-68.

¹³⁶ Ver: MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 118-139.

¹³⁷ Ver: BARROSO, L. R.. **A dignidade...**, p. 72-98.

A adoção de uma base kantiana, no entanto, apresenta um sério problema de fundamentação: adota postulados que remetem a uma base axiológica “na seara da abstração, como um retorno ao sujeito racional kantiano, que tem dignidade a partir da razão universal transcendental, em perspectiva metafísica”¹³⁸. Embora tal base não seja descartável, não é suficiente, pois não há como se definir aprioristicamente o conteúdo, dependendo sempre de uma análise de sujeitos concretos¹³⁹.

A preservação da dignidade humana exige, portanto, o reconhecimento de que toda a pessoa exige um conteúdo mínimo de proteção em suas relações concretas, tanto em sua dimensão objetiva como em sua dimensão subjetiva, havendo uma necessidade de equilíbrio entre ambas¹⁴⁰.

Reconhece-se uma funcionalização¹⁴¹ dos institutos típicos do Direito Civil, que, pode-se apontar, passam a se destinar à preservação da liberdade substancial¹⁴² dos sujeitos.

¹³⁸ PIANOVSKI RUZYK, C. E.. Dignidade..., p. 177.

¹³⁹ *Idem, ibidem*.

¹⁴⁰ “Se, de um lado, a afirmação de uma dignidade objetiva, aferível por supostas concepções majoritárias de bem – ou, em sua distorção, pela pretensão de universalização de concepções particulares dos juízes e dos legisladores, operada por meio do discurso –, pode culminar em concepções totalitárias que aniquilam a liberdade individual (essencial à dignidade da pessoa), de outro lado a absolutização da dignidade subjetiva, a partir de todas as concepções individuais de bem, pode eliminar qualquer pretensão de identificação de um conteúdo essencial da dignidade da pessoa, fragilizando sua força normativa.” (*Ibidem*, p. 186.)

¹⁴¹ Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk esclarece que uma análise funcional passa pela identificação de três elementos: 1) algo que exerce uma prestação/contributo/papel (“órgão”, “elemento”); 2) algo a que se destina essa prestação/contributo/papel (o “todo”); 3) a prestação/contributo/papel, que é a função propriamente dita. Essa ordem de ideias, advinda da Sociologia, faz referência a um organismo vivo, o que é uma abstração que assume o lugar da realidade nas relações sociais. Há que se tomar cuidado para que essa abstração não tome o lugar do que se quer realmente tutelar, criando um sistema autorreferente. Se a função no Direito, deve ser vista “como contributo que dado instituto jurídico oferece a algo ou a alguém que é seu destinatário”, remanesce o perigo de se funcionalizar em favor do “social” como uma abstração e não a sujeitos concretos. Nesse sentido, como assevera o mesmo autor, não se funcionaliza o valor (em especial, a liberdade) a ser tutelado a algo (a coletividade), mas sim os institutos jurídicos à promoção da liberdade de sujeitos concretos. (Ver: PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 143-150. A citação direta se encontra na página 148.)

¹⁴² O conceito de liberdade substancial ou como efetividade apresenta-se em oposição ao de liberdade formal, pressupondo que seja assegurado um mínimo de condições materiais aos sujeitos para que possam se determinar. É a concepção apresentada por Pianovski Ruzyk:

“[Liberdade formal:] Trata-se da liberdade assegurada formalmente, da qual, em tese, todos podem exercer sem sofrer coerção estatal, mas que não toma em consideração limites ou condicionamentos concretos, nem, tampouco, condições objetivas de exercício.

Por liberdade como efetividade pode-se entender, a seu turno, na esteira do pensamento de Amarthya Sen, a possibilidade efetiva de se fazer o que se valoriza, o que importa, necessariamente, deter um conjunto mínimo de capacidades.

Pode-se afirmar que esse conceito incorpora, no âmbito da própria liberdade, as condições materiais e subjetivas de exercício da liberdade formal. Restrições materiais que eliminam concretamente as

Liberdade é, então, um subprincípio essencial ao núcleo da dignidade humana. Muito se falou na liberdade na Modernidade, mas se tratava de uma liberdade formal, o mero reconhecimento por parte do Estado de que os sujeitos eram livres. Pensada para o sujeito abstrato, vinha sob o significante da “autonomia da vontade” – posteriormente relida como autonomia privada –, cuja expressão se aproxima mais da liberdade positiva, ou seja, de um poder de autorregramento, ao lado de uma esfera de não coerção¹⁴³. O Direito de Família, no entanto, só encontrava uma reduzida margem de liberdade positiva no âmbito patrimonial do casamento, ao passo que as demais relações familiares apenas gozavam de uma liberdade negativa (ou nem isso, quando pensamos na criminalização da bigamia e do adultério).

A liberdade substancial, no âmbito das relações avoengas, importa no reconhecimento não apenas de que avós e netos devem participar no conteúdo de suas relações – o que impede que os pais exerçam sua autoridade parental para cercear injustificadamente estas relações –, mas também se forneça meios ao exercício desta liberdade¹⁴⁴. Vale dizer, faz-se necessário que, para promoção da liberdade dos sujeitos envolvidos, que se garanta meios mínimos, o que pode significar suprir eventuais debilidades concretas de que estes sujeitos sofram e que dificultam a convivência familiar como pode moldar e embasar diferenciações na exigibilidade de prestações mútuas.

O princípio da liberdade, com sua faceta substancial, se assemelha e, até certo ponto, se entrelaça com o princípio da igualdade. Se o reconhecimento da igualdade formal foi um grande ganho enquanto vedação à discriminação dos cidadãos por parte do Estado, importou também em reconhecimento e respeito a um espaço de não intervenção e aceitação da autorregulamentação dos cidadãos em

escolhas possíveis – ainda que, em tese tais escolhas não sejam vedadas e seus efeitos reconhecidos e protegidos – limitam liberdade efetiva.” (PIANOVSKI RUZYK, C. E.. **Institutos fundamentais...**, p. 56-57.)

¹⁴³ Sobre os embates acerca dos perfis negativo e positivo da liberdade, sobre qual seria a “verdadeira liberdade” no pensamento liberal, bem como sobre a relação entre autonomia privada e liberdade, ver: *Ibidem*, p. 14-19 e 121-128.

¹⁴⁴ Pensar em liberdade, no seu perfil substancial, é levar em conta a concretude dos sujeitos e as necessárias intervenções para que se assegure o exercício das escolhas de como se relacionar em família. Fala-se em autonomia na contemporânea família, mas de modo algum isso se reduz à autonomia privada: “Ocorre que a liberdade positiva, como se observará na seção seguinte, não se limita à autorregulamentação negocial. Ela é construída continuamente na intersubjetividade, podendo ser apreendida na sua vivência, e não, como supõe a estrutura do negócio jurídico, em um momento genésico em que uma exteriorização pontual de vontade ingressa no mundo do direito compondo um suporte fático.” (*Ibidem*, p. 130.)

suas relações privadas¹⁴⁵. Mas essa noção partia da concepção abstrata do sujeito de direito, muito diversa da de pessoa, concreta em suas necessidades e com particularidades próprias. O reconhecimento de que há uma desigualdade entre as pessoas e que tais diferenças devem ser consideradas para que se atinja uma igualdade substancial é o mesmo reconhecimento na base da liberdade substancial.

A igualdade substancial exige que se leve em conta a vulnerabilidade dos sujeitos concretos envolvidos nas relações avoengas. Exige-se que, ora em relação a um polo, ora em relação ao outro, se tenha em conta que se tratam de sujeitos vulneráveis, a exigir um trato diferenciado na atribuição de direitos e deveres. O direito à convivência familiar, por exemplo, é exercido de forma diferenciada em relação à criança – que, via de regra, é buscada por um adulto – do que seria em relação ao idoso – que é mais frequentemente abandonado e teria que buscar formas de exigir que seus parentes o visitem¹⁴⁶. O princípio da igualdade exige que se reconheçam as diferenças e se trate os sujeitos de acordo com suas debilidades concretas.

Como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello, é próprio das leis criar situações de diferença entre as pessoas¹⁴⁷. No entanto, há que se ter em conta que há que ser um *discrimen* justificável. O art. 3º, inciso IV, da Constituição de 1988, ao vedar discriminações quanto a origem, raça, sexo, cor ou idade, entre outras, estabelece que estes não sejam, por si só, fatores de discriminação que não guardam correlação com diferenças feitas com mote preconceituoso¹⁴⁸. Isso não quer dizer que, quando haja diferenças concretas, não possa o legislador ou o intérprete discriminar positivamente, a fim de igualar os desiguais. Ao contrário, quando não houver motivos para a diferenciação, deve prevalecer o perfil formal da igualdade, bem como o da liberdade. Deve ser respeitada a igualdade e a diferença. Nesse ponto, o princípio da

¹⁴⁵ “Em primeiro lugar, [na ambiência do Direito Civil moderno,] implanta-se uma ordem jurídica baseada na igualdade e liberdade – formais, é bem evidente. A impessoalização do sujeito, para fins jurídicos, é instrumento necessário e suficiente: todos são iguais, porque são livres. E todos são livres porque são iguais.” (CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *As quatro fundações...*, p. 100-101.)

¹⁴⁶ Ver item 4.1.

¹⁴⁷ “O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme as pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, a moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vem a ser colhidas por regimes diferentes.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. atual. (13ª tiragem.) São Paulo: Malheiros, 2006, p. 12.)

¹⁴⁸ MELLO, C. A. B. de. *Op. cit.*, p. 17-18.

igualdade encerra um paradoxo: quanto mais se iguala, mais se abstrai e homogeneíza, de modo que para sua efetiva concretização é necessário discriminar.

A construção da verdadeira cidadania só é possível na diversidade. Em outras palavras, a formação e construção da identidade se fazem a partir da existência de *um outro*, de *um diferente*. Se fôssemos todos iguais, não seria necessário falar e reivindicar a igualdade. Portanto, é a partir da diferença, da alteridade, que se torna possível existir um sujeito. Enfim, é a alteridade que prescreve e inscreve o direito a ser humano.¹⁴⁹

A própria Constituição cuidou de eliminar diferenças injustificadas que se fazia. Estabeleceu a igualdade entre homem e mulher, o que eliminou, do âmbito jurídico, a inferiorização feminina, inclusive que se tinha no Direito de Família. Denote-se que, nesta seara, cuidou especificamente em afirmar a igualdade de direitos e deveres na sociedade conjugal (art. 226, §5º) – sendo que o significante “sociedade conjugal” não deve ser lido de forma restringida, para se referir apenas aos casados não separados judicialmente ou de fato, mas sim à vigência de qualquer forma de conjugalidade –, o que também importa dizer que ambos os pais têm o mesmo dever de cuidado em relação aos filhos (embora, diga-se de passagem, o casal conjugal não deva ser confundido com o casal parental). Deve ser superado o preconceito de que a mãe é que é mais apta a cuidar dos filhos. Do mesmo modo, as famílias de ambos os pais guardam *a priori* a mesma relação com os filhos.

De igual modo, o princípio da igualdade da filiação (CR/88, art. 227, §6º) eliminou a discriminação dos filhos conforme a origem, conforme já explicitado em momento anterior. A prevalência do matrimônio cedeu ao princípio da inocência. E disto não passou inalterada a apreensão jurídica da relação avoenga. Avós são avós de netos matrimoniais e extramatrimoniais; de netos consanguíneos, adotados, socioafetivos ou inseminados artificialmente. A referência exclusiva à família nuclear, matrimonializada e patriarcalizada, caiu, para a abertura a uma gama *numerus apertus* de entidades, as quais não importarão em diferença na parentalidade e, por consequência, na avosidade.

Por outro lado, o respeito à diferença se impõe na consideração da individualidade dos membros que compõem a família. Há um difícil embate quanto

¹⁴⁹ PEREIRA, R. da C. **Princípios fundamentais...**, p. 164.

aos limites da intervenção do público na esfera familiar, mas aponta-se no sentido de uma intervenção mínima, exceto para a proteção dos vulneráveis: “quando existem sujeitos vulneráveis envolvidos no âmbito familiar, a situação é bastante diferente, sendo retirada do plano da vontade para migrar para a esfera dos deveres, da solidariedade”¹⁵⁰.

A solidariedade, prevista no art. 3º, inciso I, da CR/88, é um princípio de especial importância no âmbito do Direito das Famílias. A liberdade, tão ressaltada na literatura, não é um egoísmo insular, na medida que é presente na coexistencialidade:

Ao mesmo tempo em que o jurídico recolhe aquela liberdade pretérita e a protege, traz prestações possíveis em termos de liberdade futura, seja pela garantia jurídica de tutela de futura tutela da (con)vivência familiar, seja, quando for o caso, pela garantia de meios que assegurem liberdade substancial – por meio dos alimentos, por exemplo.

Daí se pode inferir que o eudemonismo, efetivamente, não se confunde com um exacerbado individualismo: a solidariedade familiar, como alteridade, é indissociável da concepção eudemonista tal como apreendida pelo direito. A liberdade plural que permite a cada um fazer o que valoriza – e, nessa medida, buscar livremente sua felicidade – é, como exaustivamente exposto, coexistencial.¹⁵¹

A apreensão jurídica da solidariedade não é a do sentimento de compaixão ou piedade pelo próximo. Ao contrário, acarreta a sustentação material e imaterial recíproca¹⁵², na superação do individualismo e na abrangência de um olhar de alteridade. Assume um caráter de dever ser, gerando deveres jurídicos, e se impõe coercitivamente no caso de descumprimento. Não se confunde com a solidariedade do Direito das Obrigações. No núcleo familiar, se vê como desdobramento o dever de assistência moral e material mútua entre os cônjuges/companheiros e no dever de cuidado dos filhos¹⁵³. Mas, como dito, deve-se pensar além dos limites da família nuclear. Neste sentido é que se fala em solidariedade intergeracional.

¹⁵⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A tensão entre ordem pública e autonomia privada no Direito de Família contemporâneo. In: _____. **O Direito das Famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 105.

¹⁵¹ PIANOVSKI RUZYK, C. E.. **Institutos fundamentais**..., p. 327.

¹⁵² “A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário.” (MADALENO, R. **Curso**..., p. 99.

¹⁵³ LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 112.

Encontra-se, no Direito Ambiental, a previsão implícita da solidariedade intergeracional (CR/88, art. 225, *caput*), ao se afirmar o dever do Poder Público e da coletividade de preservar e defender o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. É uma expressão apenas na via descendente, mas não esgota o conteúdo do princípio, que deve ser lido como um respeito às gerações que vieram, que convivem e que estão por vir. No âmbito do Direito Ambiental há uma preocupação com as gerações presentes e futuras, que são consideradas, no aspecto temporal, respectivamente, pela solidariedade sincrônica e pela solidariedade diacrônica¹⁵⁴.

No contexto do Direito das Famílias, embora seja possível cogitar de aplicações numa perspectiva diacrônica, para efeitos deste trabalho apenas se considerará a solidariedade intergeracional sincrônica. Ela está na base do dever de cuidado, em especial com a criança ou o adolescente (uma geração posterior, mas não futura, uma vez que já está aí) e com o idoso (uma geração anterior, mas não passada, pois ainda está aí).

O princípio da solidariedade informa diversas normas e institutos jurídicos, tais como a obrigação alimentar¹⁵⁵, o que adquire tonalidades próprias nas relações avoengas em razão da mediatidade destas relações.

Decorrente do princípio constitucional da solidariedade há o princípio da afetividade e o valor jurídico do cuidado. Estipula-se, pela imposição jurídica de modo-de-ser-cuidado em família, uma série de obrigações entre avós, pais e netos no tocante à relação avoenga, tanto de ordem material como imaterial. Não se exige um sentimento de ternura, mas um comportamento objetivo de como se tal sentimento existisse. O princípio da afetividade e o cuidado para com o outro, se não exigem, por exemplo, um sentimento de condolência do neto para com o avô em estado grave de saúde, podem exigir um dever de visitação e acompanhamento. Do mesmo modo, se o princípio da afetividade não exige que os pais e os avós superem rixas de situações mal resolvidas, não permitem que estas disputas, por si só, possam ser um indesejado óbice à convivência dos avós com os netos.

Já se discorreu brevemente sobre a apreensão jurídica da afetividade. Retomamos Calderón para falar de uma dupla face do princípio jurídico da afetividade:

¹⁵⁴ SILVA, Marcela Vitoriano e. O princípio da solidariedade intergeracional: um olhar do Direito para o futuro. In: **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 115-145.

¹⁵⁵ PEREIRA, R. da C. **Princípios fundamentais...**, p. 226-227.

o aspecto genésico de vínculo jurídico de Direito das Famílias e o aspecto criador de deveres jurídicos. Acrescentou-se: a primeira é uma afetividade ontológica, enquanto que a segunda é deontológica. Buscou-se sustentar que sempre há a incidência da afetividade nas relações de família, mas no seu aspecto deontológico. A presença de uma afetividade ontológica só é exigida para que alguns vínculos se formem (como a filiação socioafetiva e a união estável), mas não é exigida para que tenham lugar determinados deveres jurídicos, como a prestação alimentar ou a convivência familiar.

Este princípio teve como grande mérito ser o móvel propulsor da reforma da racionalidade do Direito das Famílias. É apontado por Paulo Lôbo como “o princípio que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”¹⁵⁶. Trata-se de uma primazia *prima facie*, derrotável em determinados casos.

O princípio da afetividade não aparece, enquanto tal, expressamente enunciado na legislação. No entanto, a afetividade é citada em diversos momentos¹⁵⁷, sendo que sua caracterização como princípio de *lege lata* é indubitável; ademais, há farta utilização do princípio em diversos julgados¹⁵⁸. Querer negar sua realidade, no contexto jurídico atual, é remar contra uma corrente que não passará tão cedo. Melhor é tentar estipular as balizas do que vem a ser o princípio da afetividade.

A primeira é o reconhecimento de uma afetividade objetiva. Não se confunde com sentimento, é atitude:

Há que se afastar qualquer confusão com o amor quando da significação da afetividade, posto ser o primeiro um sentimento subjetivo que escapa ao Direito, enquanto a afetividade se manifesta por intermédio de uma atividade concreta exteriorizadora que é cognoscível juridicamente. [...] Eventos que podem evidenciar a afetividade são manifestações especiais de cuidado, entreaajuda, afeição explícita, comunhão de vida, convivência mútua, manutenção

¹⁵⁶ LÔBO, P. Direito de família e os princípios..., p. 118.

¹⁵⁷ A título de exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente pós-Lei de Adoção, para colocação da criança ou do adolescente na família extensa, não exige apenas o vínculo de parentesco, mas também a afinidade (em seu sentido leigo, não jurídico) e afetividade. Do mesmo modo, a Lei Maria da Penha, para delimitar seu campo de aplicação, faz referência aos casos em que vítima e agressor mantenham relação íntima de afeto.

¹⁵⁸ O princípio está na base do reconhecimento da paternidade socioafetiva, adotada pelo REsp 878.941/DF, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, julgado em 21 de agosto de 2007, bem como no reconhecimento das uniões homoafetivas em sede da ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, de relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 05 de maio de 2011.

alheia, coabitação, projeto de vida em conjunto, existência ou planejamento de prole comum, proteção recíproca, acumulação patrimonial compartilhada, dentre outros.¹⁵⁹

Uma manifestação evidente do princípio da afetividade, seja na sua ocorrência, seja na definição dos deveres jurídicos, é o valor jurídico do cuidado.

Cuidado é, acima de tudo, uma postura ética diversa. Um modo-de-ser-no-mundo diferente do padrão de comportamento da que a humanidade vem adotando nos últimos séculos. Diferente do modo-de-ser-trabalho, que objetifica e subjuga tudo ao nosso redor, para colocar aos interesses pessoais e coletivos, o modo-de-ser-cuidado adota uma noção de con-vivência, de inter-ação e de comunhão, que valoriza a natureza, o outro ser humano e a si mesmo não pelo que podem ter de utilidade, mas pelo valor intrínseco que têm¹⁶⁰. É a compreensão de que só se pode ser humano enquanto não se desoreza a dimensão do *pathos*, do sentimento, em prol do *logos*, da razão, e o cuidado se insere nesta lógica própria do coração que é a emoção humana:

Importa colocar cuidado em tudo. Para isso urge desenvolver a dimensão *anima* que está em nós. Isso significa: conceder direito de cidadania à nossa capacidade de sentir o outro, de ter compaixão com todos os seres que sofrem, humanos e não humanos, de obedecer mais à lógica do coração, da cordialidade e da gentileza do que à lógica da conquista e do uso utilitário das coisas.¹⁶¹

As patologias no cuidado representam grave risco às relações humanas. A negação do cuidado essencial, o excesso do cuidado que leva à obsessão, o déficit de cuidado que leva ao descuido¹⁶² levam a males como a negação da paternidade, a alienação parental e ao abandono afetivo.

Deve-se, então, trazer este reconhecimento da dimensão ética do cuidado para a interioridade do campo jurídico. Quando se trata afetividade nas relações de família, busca-se o reconhecimento do caráter normativo de deveres pautados em condutas que, se esperaria, a família mantivesse espontaneamente. A dimensão

¹⁵⁹ CALDERÓN, Ricardo Lucas. Afetividade. In: LAGRASTA NETO, Caetano; SIMÃO, José Fernando (coord.). **Dicionário de Direito de Família**: A-H. São Paulo: Atlas, v. 1, 2015, p. 41.

¹⁶⁰ BOFF, Leonardo. **Saber cuidar**: ética do humano – compaixão pela terra. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 92-97.

¹⁶¹ BOFF, L. **Saber cuidar**..., p. 102.

¹⁶² *Ibidem*, p. 159-162.

deontológica jurídica, então, tem lugar, a partir do substrato afetivo que se imprimiu ao modelo jurídico do ser em família.

O cuidado é, portanto, um valor jurídico decorrente de uma postura ética, a informar a melhor interpretação de quais direitos ou deveres jurídicos decorrem do princípio da afetividade. Trata-se de um critério interpretativo valioso para as relações de família em geral, relações avoengas inclusive.

Há, evidente, outros princípios a serem tratados. Nesta seção, restringiu-se aos princípios próprios do Direito das Famílias, guardando os que lhe dizem respeito, mas se encontram dentro das temáticas dos Direitos especializados da Criança, do Adolescente e do Idoso, para serem tratados no próximo capítulo.

3 VULNERABILIDADE, DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DIREITOS DO IDOSO

3.1 NOTAS SOBRE A VULNERABILIDADE

A noção de vulnerabilidade é essencial para este trabalho. Na relação avoenga há a notória característica de termos dois polos potencialmente vulneráveis: os netos serão inicialmente crianças, posteriormente adolescentes e, só passado alguns anos, é que atingirão a idade adulta; os avós, por sua vez, em algum momento serão idosos. Se fosse possível atribuir uma grandeza e um valor numérico à vulnerabilidade e fazer uma ilustração gráfica, vislumbrar-se-ia que a vulnerabilidade dos netos e a dos avós seriam inversamente proporcionais: enquanto a avoenga iniciaria em grau baixo e cresceria ao longo do tempo, a dos netos iniciaria elevadíssima e tenderia a zero com o passar dos anos.

Mas o que vem a ser esta vulnerabilidade? Qual a sua apreensão jurídica?

A noção de vulnerabilidade advém de duas características do ser humano enquanto ser vivo: a de poder ser morto e a de poder ser machucado. Remete à ideia de risco, na medida em que “porta uma dupla significação pois ela nos remete de uma parte à ideia de mortalidade e, de outra, à ideia de sofrimento”¹⁶³.

Faz parte da própria essência humana a sua fragilidade. Os seres humanos amam e mantêm vínculos de amizade – enfim, convivemos – por conta de sua vulnerabilidade, para compensar suas fraquezas. O medo, em especial o da morte, é o que move a pessoa em todas as suas ações. E a dor – que pode ser física, mas também existencial – aproxima do fim da vida, conduz nossos pensamentos desde a vontade de vencer a morte até se entregar a ela. É necessário reconhecer “a fragilidade” e vê-la não como um defeito, mas como expressão da condição humana

¹⁶³ Tradução livre. No original: “prend une double signification puisqu’elle renvoie d’une part à l’idée de mortalité et, d’autre part, à l’idée de souffrance.” (FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. **La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit**, p. 14. Disponível em: <www.pug.fr/extract/show/107>. Último acesso em 15 de dezembro de 2015, às 20h40.)

e “como origem do desejo de relação, de compreensão, de solidariedade e de amor”¹⁶⁴.

Todas as pessoas determinado grau de vulnerabilidade e, neste ponto, são todas iguais. Se a consideração sobre a vulnerabilidade se limitasse à formulação genérica de que toda pessoa pode ser morta ou submetida ao sofrimento, sua contribuição para o Direito seria reduzida. Não é preciso adentrar em considerações mais aprofundadas para se saber que o ser humano não é imortal e nem invencível. É preciso verificar avançar na análise, a fim de averiguar em que medida o conceito de vulnerabilidade pode oferecer contributos ao presente trabalho.

A vida em sociedade potencializa o risco de sofrimento aos seres humanos. Nesta medida, se não é fonte de vulnerabilidade, a sociedade é sua forte potencializadora, em especial uma sociedade de hiperconsumo:

Os efeitos da sociedade de *hiperconsumo* – sem olvidar da exclusão social na realidade brasileira – fazem exsurgir a ideia de que, além de tais características, a sociedade seria também, em perspectiva atual, caracterizada pelos riscos que trafegam em seu interior. Esta perspectiva traduz-se no fato ineludável de que, na imprevisibilidade de comportamentos do palco da *hipermodernidade*, a sociedade observa e participa da disseminação dos riscos em seu próprio corpo. No seu avanço, expansão e paradoxal dinamismo individual, a *sociedade de hiperconsumo* é também uma sociedade reflexiva, que a torna, para si mesma, uma problemática, um tópico a ser discutido.¹⁶⁵

É certo que da sociedade hodierna decorrem diversos riscos, não só à vida, mas à integridade psicofísica dos sujeitos. É certo, igualmente, que determinadas pessoas estão mais suscetíveis aos riscos, pois possuem características que representam menor possibilidade de se defender. Vale dizer, em razão de determinada estruturação decorrente tanto da natureza como da ordem cultural, há grupos de pessoas que mais provavelmente serão feridos ou até mesmo mortos. Fala-

¹⁶⁴ Tradução livre. No original: “La fragilità come origine della voglia di legame, di comprensione, di solidarietà e di amore.” (VITTORINO, Andreoli. **L’uomo di vetro**: la forza della fragilità. Milano: Rizzoli, 2008, p. 28.). Sobre o tema da fragilidade e condição humana, ver p. 9-32 desta obra.

¹⁶⁵ FACHIN, Luiz Edson. Reflexões sobre risco e hiperconsumo. In: OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de; XAVIER, Luciana Pedrosa (org.). **Repensando o Direito do Consumidor III**: 25 anos de CDC: conquistas e desafios. Curitiba: OABPR, 2015, p. 38.

se em grupos vulneráveis, que “podem ser classificados pelas características de seus componentes como gênero, idoso, preso, criança, homossexual etc”¹⁶⁶.

Ainda, cabe um esclarecimento conceitual: grupos vulneráveis não se confundem com vítimas. As últimas já sofreram um dano, já foram atingidas em sua esfera jurídica, enquanto as pessoas que compõem os primeiros estão sujeitos a um maior risco¹⁶⁷. Há uma potência maior de dano para os grupos vulneráveis.

Importa, então, considerar que não basta ter em conta a vulnerabilidade certa, comum a todos os seres vivos, mas certa vulnerabilidade, específica de certos indivíduos e grupos. A primeira embasa a cláusula geral de tutela da pessoa humana, enquanto a última demanda tratamento atento às diferenças concretas:

Para os fins do Direito, se todas as pessoas são vulneráveis, é preciso estar atento a “situações substanciais específicas”, par que seja dado o tratamento adequado a cada uma delas. Não basta, portanto, afirmar a vulnerabilidade que têm, por conceito, todas as pessoas humanas e que se encontram protegidas pela cláusula geral de tutela implícita na Constituição da República. É indispensável verificar as peculiaridades das diferentes situações de cada grupo, como vem sendo feito com as crianças e adolescentes, com os consumidores, e com o idoso, como antes referido. Registre-se que muitas pessoas, como os integrantes do grupo LGBTTT ainda não mereceram estudo adequado de suas peculiaridades e aguardam, há muito tempo, a edição de normas aptas a proteger sua dignidade.¹⁶⁸

O reconhecimento de vulnerabilidades concretas remete ao princípio da igualdade, embora não se confundam. A igualdade apresenta um caráter relacional, comparativo: é necessário que haja um outro diferente para que se perceba a desigualdade, ao passo que uma (certa) vulnerabilidade é um estado em si, a possibilidade de ser ferido e de morrer não depende da comparação com outro sujeito (embora esta comparação nos permita perceber com mais clareza pessoas ou grupos vulneráveis):

Já a vulnerabilidade é filha deste princípio [igualdade, sob a máxima aristotélica de tratar desigualmente os desiguais], mas noção flexível e não consolidada, com traços de subjetividade que a caracterizam: a

¹⁶⁶ SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis**: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 20.

¹⁶⁷ BARBOZA, Heloísa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Cuidado & vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 113

¹⁶⁸ BARBOZA, H.H.. Vulnerabilidade e cuidado..., 2009, p. 111-112.

vulnerabilidade não necessita sempre de uma comparação entre situações e sujeitos.¹⁶⁹

A igualdade, em sua dimensão material, reconhece que há pessoas com especial vulnerabilidade a demandar tutela jurídica diferenciada. Embora se discorde da nomenclatura utilizada, pois se entende que um dos pontos em que os grupos vulneráveis se diferenciam das minorias é justamente no aspecto quantitativo¹⁷⁰, traz-se lição de Heloísa Helena Barboza:

A garantia de igualdade de todos perante a lei ganhou consistência com a proteção especial das pessoas “desiguais”, assim reconhecidas em razão da situação existencial ou patrimonial peculiar em que se encontram. Incluem-se nessa proteção especial o consumidor, a criança e o adolescente, e vários grupos *minoritários*, como os doentes, os portadores de necessidades especiais, os homossexuais, os transexuais.

Indispensável ressaltar que deve ser dada conotação qualitativa ao termo “*minoritários*”. [...]

Embora bastante diversificados, os grupos submetidos à dominação apresentam uma característica comum: a vulnerabilidade. Já se afirmou que a vulnerabilidade é o critério central para a definição e identificação das minorias. Tal característica legitima a proteção especial que é dada a esses grupos minoritários, como decorrência da cláusula geral de tutela da pessoa humana.¹⁷¹

Assim, a partir do reconhecimento de vulnerabilidades concretas, o princípio da igualdade, em sua dimensão material, importa na necessidade de tratamento desigual, com mecanismos específicos, na medida da desigualdade que estes sujeitos vulneráveis apresentam. Isso para que haja um equilíbrio no grau de autonomia em relação aos demais sujeitos que integram a sociedade, afirmando a faceta substancial de sua liberdade.

O tratamento jurídico diferenciado para grupos com vulnerabilidade concreta no âmbito do Direito é, paradoxalmente, ao mesmo tempo condição e consequência

¹⁶⁹ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 117.

¹⁷⁰ Neste sentido, Elida Séguin aponta que são características das minorias “o elemento numérico [grupo percentualmente reduzido]; o elemento da não-dominância; o elemento da cidadania e o elemento da solidariedade entre os membros da minoria, com vistas à preservação de sua cultura, tradições, religião e idioma” (*op. cit.*, p.4), enquanto os grupos vulneráveis podem ser numericamente dominantes e nem sempre têm consciência de sua não-dominância.

¹⁷¹ BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 60.

do desenvolvimento de um princípio jurídico da solidariedade. O reconhecimento da fragilidade é que permite um olhar de alteridade e de respeito à vulneração maior das pessoas com que se relaciona. Sem se reconhecer fraquezas, só se conhece a imposição: “o poderoso não sabe amar; o homem de ferro é frio, sabe envolver e ligar para submeter, para escravizar. Sem medo não há amor e o poderoso causa medo”¹⁷².

A conformação histórica acabou por criar um Direito Civil da Modernidade que não detinha grande preocupação com vulnerabilidades concretas. A construção de um modelo que pressupunha separação entre mundo do Direito e mundo dos fatos conduziu a tal situação. Das duas escolas que são apontadas como representativas deste período, a Pandectística alemã e a Escola da Exegese francesa, há uma concepção de abstração, seja por pretensa referência exclusiva na Lei¹⁷³ ou em conceitos jurídicos concatenados¹⁷⁴, que leva à consagração da noção de sujeito de direito, despido de seus anseios, desejos e fraquezas. É apenas um sujeito potente, ou seja, com potência para firmar contratos, adquirir propriedade e se casar. O Direito se satisfazia em atribuir direitos compatíveis com a autonomia da vontade de forma uniforme a todos os indivíduos. Isso porque o “sujeito de direito foi tomado como sujeito racional e livre, que dotado das condições necessárias pode, especialmente nas relações jurídicas de direito privado, autoregrar a sua vida”¹⁷⁵ e, assim, a noção de vulnerabilidade foi rejeitada.

É com o Direito contemporâneo, na Europa pós-guerras, que exsurge uma preocupação com o sofrimento humano. A noção de dignidade humana foi

¹⁷² Tradução livre. No original: “Il potente non sa amare; l'uomo di ferro è freddo, sa avvolgere e legare per sottomettere, per schiavizzare. Senza paura non c'è amore e il potente fa paura.” (VITTORINO, A. *Op. cit.*, p. 14.)

¹⁷³ Uma característica da Escola da Exegese apontada por Bobbio é uma necessária interpretação fundada na vontade do legislador. A interpretação do direito é aquela que melhor consolida a vontade daquele que editou a lei. A vontade poderia ser real (quando a lei efetivamente disciplina uma relação) ou presumida (na falta de regulação, uma ficção); em qualquer caso, uma visão subjetiva e estática, que visa penetrar na mente dos feitores da lei no momento em que foi feita. Essa visão subjetiva e estática vai mudar ao final do século, ao se buscar uma vontade não mais do legislador, mas da lei, visando concretizar os fins para que foi feita, de um ponto de vista dinâmico e objetivo. Ver: BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 25-89.

¹⁷⁴ Trata-se do pensamento expressado por Georg Friedrich Puchta em sua formulação de uma “pirâmide dos conceitos”, que busca uma verdade jurídica “na conexão sistemática entre os conceitos, identificando entre eles vínculos que permitam aferir quais conceitos são pressupostos e quais são derivados, de modo a aferir sua gênese e sua derivação lógica ‘até as últimas conseqüências’.” (PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. A importância de uma Teoria (Geral) do Direito Civil. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). **Manual de Teoria Geral do Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 149.)

¹⁷⁵ MARQUES, C. L.; MIRAGEM, B.. *Op. cit.*, p. 22.

explicitamente incluída em vários documentos jurídicos, como a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU (1948), a Constituição italiana de 1947 e a Lei Fundamental de Bonn (1949), em reação aos horrores praticados por regimes totalitários, tendo a Constituição brasileira de 1988 incorporado tal princípio após um regime ditatorial. O discurso de Direitos Fundamentais e sua aplicabilidade nas relações privadas surgiu nesse contexto¹⁷⁶, levando à especial preocupação com as necessidades concretas das pessoas. A preocupação com pessoas concretas é que permite o reconhecimento de vulnerabilidades e sua tutela.

No Brasil, a Constituição de 1988 trouxe uma série de previsões concernentes a casos de vulnerabilidade, que levaram ao desenvolvimento da literatura jurídica especializada em diversos segmentos. Dentre eles, o ramo que certamente se debruçou mais sobre o tema da vulnerabilidade foi o Direito do Consumidor.

A vulnerabilidade tem sido melhor estudada, no Direito brasileiro, no âmbito consumerista (até em razão da expressa menção pelo Código de Defesa do Consumidor à vulnerabilidade desta categoria no art. 4º, inciso I), em que há um patente desequilíbrio de forças entre fornecedor e consumidor a justificar uma tutela jurídica diferenciada *favor debilis*. Sem haver um completo consenso quanto à classificação das espécies de vulnerabilidade, pode-se apontar o ensinamento de Cláudia Lima Marques, que menciona quatro espécies: técnica, fática, jurídica e informacional.

A vulnerabilidade técnica é presumida para o consumidor não profissional, pois supõe-se que “o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características

176 No neoconstitucionalismo novecentista há outra configuração. Os direitos são “fundamentos infundados” nessa ordem, com uma especial posição política não enquadráveis nem no jusnaturalismo e nem no juspositivismo. Estão em posição peculiar, servem não apenas como fechamento do sistema, mas também lhe atribuem dinamismo, ao prescrever no que ele deve se tornar. Introduzem, internamente e não de fora do ordenamento, uma tensão entre aquilo que é e aquilo que deveria ser. Mesmo sendo direitos positivos, exercem uma função típica dos direitos naturais oitocentistas, de denúncia da ordem existente e um direcionamento àquilo que deve ser. Nesses novos ordenamentos constitucionais, os princípios e direitos fundamentais indicam a direção de transformação do ordenamento. Não deixou de se ter reação contrária, tal como na Itália dos anos 50, que visava refutar a juridicidade de normas constitucionais, aduzindo serem algumas normas programáticas, de cunho político. Partirá da magistratura italiana, nos anos 60, a adoção da constituição como ponto referencial para interpretação e aplicação de normas jurídicas. Ver: COSTA, Pietro. Democracia, política e Estado Constitucional. In: _____. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010, p. 263-267.

do bem ou quanto à sua utilidade”¹⁷⁷. Do mesmo modo, a vulnerabilidade jurídica ou científica, consistente na “falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia”¹⁷⁸, é presumida ao consumidor não profissional e também ao consumidor pessoa física. Na vulnerabilidade fática ou socioeconômica sobressai-se o aspecto comparativo, pois é a disparidade de forças que a demarca: “o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam”¹⁷⁹. Por fim, a vulnerabilidade informacional se refere não a uma falta de informações (o que já foi frisado na vulnerabilidade técnica), mas sim ao excesso: “a informação não falta, ela é abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, nos mais das vezes, desnecessária”¹⁸⁰, o que faz com que os fornecedores sejam os únicos reais detentores da informação, devendo ele compensar este déficit do consumidor nas relações de consumo.

Fala-se, ainda nos estudos do Direito do Consumidor, no conceito de hipervulnerabilidade, isso é, uma vulnerabilidade potencializada. Os consumidores são tidos como vulneráveis, mas há grupos que apresentam um incremento em suas possibilidades concretas de serem feridos:

O prefixo *hiper* deriva do grego *hypér* e serve para designar um alto grau, ou aquilo que excede a medida normal. Uma vez acrescentado este à palavra *vulnerabilidade*, obtém-se uma situação de intensa fragilidade, que supera os limites do que seria uma situação de fraqueza. Na ótica do consumidor idoso [acrescentaríamos também a criança e o adolescente, entre outros], tratá-lo como hipervulnerável significa compreender que a sua idade potencializa sua fragilidade como consumidor, exigindo-lhe um tratamento especial.[...] Acerca dos objetivos do presente trabalho importa a análise de uma vulnerabilidade específica, mais agravada, a hipervulnerabilidade. Esta, por sua vez, resulta da soma da vulnerabilidade intrínseca à pessoa do consumidor, com a fragilidade que atinge determinados indivíduos, que, no caso do idoso, é a sua idade avançada.¹⁸¹

¹⁷⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 324.

¹⁷⁸ MARQUES, C. L.. *Op. cit.*, p. 327.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 330-331.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 335.

¹⁸¹ SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores hipervulneráveis**: a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014, p. 217-219.

Vale dizer, a hipervulnerabilidade não se confunde com outra discussão que se trava na literatura consumerista brasileira, que se dá na diferenciação entre vulnerabilidade e hipossuficiência. A hipossuficiência seria tida como um *plus* em relação à vulnerabilidade, que é ínsita à própria categoria do consumidor, mas há mais de uma acepção: de um lado, a vulnerabilidade poderia ser tida como a falta de conhecimento técnico, comum a todos os consumidores, enquanto a hipossuficiência diria respeito ao abismo entre as condições econômicas do fornecedor e do consumidor, de modo que nem todo consumidor seria hipossuficiente¹⁸²; por outro lado, poderia se ter a vulnerabilidade como uma diferença no plano material e concreto, enquanto a hipossuficiência seria um conceito do campo processual e diria respeito à dificuldade de produção probatória pelo consumidor, a ensejar a inversão do ônus da prova¹⁸³ (tal como previsto no art. 6º, inciso VIII, do CDC).

A hipervulnerabilidade se situa no campo material e se refere não a uma vulnerabilidade própria do âmbito consumerista, mas sim a uma vulnerabilidade externa que se sobrepõe à desigualdade entre consumidor e fornecedor e a amplifica. Não se confunde, portanto, com a hipossuficiência, que, mesmo na primeira acepção mencionada, se refere a outro tipo de vulnerabilidade aferida na internalidade da relação de consumo.

De toda sorte, a vulnerabilidade que interessa a esta dissertação não é nenhuma das vulnerabilidades afirmadas no âmbito consumerista (técnica, fática, jurídica e informacional), pois não são verdadeiras vulnerabilidades, ao menos no sentido afirmado anteriormente, de característica própria dos sujeitos: são, em verdade, desigualdades verificadas entre o consumidor e o fornecedor. Do mesmo modo, a hipossuficiência, em qualquer das acepções supramencionadas, têm aplicação restrita ao campo consumerista em suas especificidades próprias, sendo difícil transportá-la ao presente trabalho. Por fim, não faria sentido falar em hipervulnerabilidade, pois não há que se falar em uma vulnerabilidade externa que se sobreporia à vulnerabilidade do consumidor: apenas a vulnerabilidade ínsita ao sujeito é que pode interessar ao Direito das Famílias.

¹⁸² Denote-se que, como explanado anteriormente, para Cláudia Lima Marques estas seriam apenas espécies de vulnerabilidade.

¹⁸³ Ver: AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. **Teoria Geral do Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 65-72.

Não há, nas estruturas de parentesco apreendidas juridicamente, uma categoria que esteja indissociavelmente ligada à noção de vulnerabilidade. Para ficar em um exemplo, os filhos inicialmente são vulneráveis enquanto submetidos à autoridade parental, mas eventualmente crescerão e deixarão de sê-lo.

Assim, cumpre-nos não relacionar de forma inafastável uma vulnerabilidade a uma determinada categoria, mas sim estudar tipos de vulnerabilidades que potencialmente incidirão, ao menos em determinada fase da vida, em alguns sujeitos das relações familiares.

Dentre as causas de vulnerabilidade ínsitas dos sujeitos, certamente a idade é reconhecida pelo Direito e é ela que nos interessa¹⁸⁴. É facilmente constatável que os seres vivos em geral, e os seres humanos inclusive, apresentam uma curva de desenvolvimento de suas habilidades físicas e mentais ao longo da vida. E, a exemplo do que acontece com o parentesco, ao fato natural agrega-se o fato cultural, impondo estatutos em razão da idade das pessoas. Assim, há que se ter em conta que a idade é uma fonte intrínseca de especial vulnerabilidade:

A ideia aqui é que, durante sua vida, segundo sua idade, uma pessoa não tem sempre a mesma capacidade de resistência física ou moral em face às agressões de outros. A idade só pode ser causa de vulnerabilidade em certos momentos da vida comuns, em geral, a todas as pessoas, mais próprias, em particular, a cada uma entre elas.¹⁸⁵

É de se denotar, no entanto, que a questão da idade é aferida a partir de diversas perspectivas: a cronológica, a biológica, a psicológica, a cultural, dentre outras. Falar em vulnerabilidade, então, implica em considerações não apenas de

¹⁸⁴ Esse trabalho escolheu como tema a vulnerabilidade em razão da idade, mas é certo que outras causas de vulnerabilidade certamente podem incidir e são relevantes. Influências pela condição de gênero, para ficar em um exemplo, interferem profundamente nas relações avoengas e não podem ser desconsideradas na análise de temas e casos concretos – tanto que transparecem em diversos momentos no desenvolvimento deste trabalho –, mas optou-se por uma análise delimitada à questão etária

¹⁸⁵ Tradução livre. No original: “L’idée ici est que, durant sa vie, selon son âge, une personne n’a pas toujours la même capacité de résistance physique ou morale face aux moments de la vie communs, en général, à toutes les personnes, mais propres, en particulier, à chacune d’entre elles.” (DUTHEIL-WAROLIN, Lydie. **La notion de vulnérabilité de la personne physique en Droit Privé**. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Faculté de droit et de sciences économiques. Université de Limoges. Limoges. 2004, p. 47.)

ordem legal, mas também compreender como advêm as vulnerações concretas das pessoas nas diversas etapas da vida.

Cabe analisar as categorias abrangidas pelo Direito brasileiro como vulneráveis em razão da idade: crianças, adolescentes e idosos. Uma problemática com a qual se deparou no decorrer da pesquisa e que não poderá deixar de ser enfrentada é a do Estatuto da Juventude.

3.2 VULNERABILIDADE, PRINCÍPIOS DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A SITUAÇÃO DOS NETOS

A infância e a adolescência constituem as primeiras etapas da vida de um ser humano. Há definições em Leis *lato sensu* vigentes no Direito brasileiro, que se baseiam unicamente no critério cronológico. No entanto, considerações de outras ordens permitem compreender melhor no que consiste a vulnerabilidade própria dessas fases da vida, embora os demais critérios de aferição da infância não guardem exata correspondência com os parâmetros jurídicos.

Primeiramente, cabe asseverar que a infância *lato sensu* é um período estipulado socialmente como de larga dependência em relação aos pais e à família.

O medievo europeu teve uma elaboração abundante de designações e diferenciação das etapas da infância¹⁸⁶. Mas, ao contrário do que uma primeira vista poderia sugerir, isso não significa que havia uma maior preocupação com a individualidade da criança. O que motivava o medievo a categorizar a criança a partir

¹⁸⁶ Nos textos em latim produzidos pelo medievo é possível verificar essa riqueza de terminologia, como por exemplo o texto de Didier Lett sobre relatos de milagres envolvendo crianças, que percebe, na língua clássica utilizada entre os séculos XII e XIII, nove termos diferentes para indicar meninos e meninas com menos de 03 anos, sete termos para a faixa etária entre 03 e 07 anos, seis para os meninos entre 08 e 12 anos e cinco para a idade posterior a 12 anos. Para além das diferenciações etárias, havia forte diferenciação de acordo com o gênero – enquanto *infans* servia para ambos os sexos, para a faixa etária dos 00 a 02 anos os meninos contavam com as designações *infantulus* ou *parvulus*, ao passo que as meninas podiam ser chamadas de *puella*, *puellula*, *virgo*, *virguncula* ou *parvula*. No francês arcaico, tinha-se o *enfançons* para designar criança com menos de 06 anos, *valet* para crianças com mais de 13 anos e *valetons* para crianças de 08 ou 09 anos; *cadet* era utilizado para o pré-adolescente. RENAUT, Alain. **A libertação das crianças**: a era da criança cidadão: contribuição filológica para uma história da criança. (Traduzido por Ana Rabaça.) Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 101.

de sua idade aproximada e sexo era a sua inserção na ordem social. A Modernidade¹⁸⁷, por sua vez, apresenta maior preocupação da criança como indivíduo:

Assim, deve considerar-se que o tratamento antigo ou medieval da questão das idades da infância era profundamente o contrário do que se tornou hoje em dia. É claro que se tratava de diferenciar etapas da infância, mas sem preocupação de proceder deste modo a uma individualização dos seres em causa. É a ausência desta preocupação que ilustra quer as clivagens entre os grupos distinguidos de idade, que não deixam qualquer margem de manobra aos indivíduos, quer as clivagens igualmente rígida baseadas numa diferença sexual de que o vocabulário da infância nunca pensa em fazer abstracção para considerar o indivíduo em formação a partir dele mesmo. Neste sentido, o empobrecimento moderno do vocabulário da infância possui, de facto, um significado contrário àquele que parece ter à primeira vista: se os Modernos, neste plano tal como em outros, fizeram abstracção, pelo menos num primeiro tempo, das idades da infância ou se ligaram menos à diferenciações grupais que estas idades induzem, foi, em primeiro lugar, dentro da perspectiva de individualizar mais os sujeitos, que lhes pareceram dever ser mais considerados a partir deles mesmos e das suas trajectórias próprias – no sentido em que, de novo em relação a nós, o que determina uma criança como tal ou tal, é a sua ipseidade própria e já não a sua pertença a uma idade da vida. Pelo contrário, a apreensão antiga ou medieval das idades da criança não era separável de uma concepção global da infância que a pensava, antes de tudo, não em termos de acesso progressivo à liberdade, mas em termos de dependência: a bem dizer, a dependência em relação aos pais nem sequer lhes surgia a não ser como um substituto da dependência em relação à ordem cosmo-teológica que estrutura a totalidade do real.¹⁸⁸

Tal percepção geral, no entanto, não exclui o fato de que havia anteriormente um sentimento de especificidade em relação à infância, à criança, ser humano como os adultos e ao mesmo tempo tão diferente deles, mas cuja formação a destina a ficar que nem eles. A noção de que não havia uma infância reconhecida é demasiadamente reducionista.

O que se deve ter em conta é que a percepção acerca da infância tida na Idade Média era diversa. De modo geral, a referência à infância em seus diversos estágios se dava para situá-la numa determinada ordem, ao passo que

¹⁸⁷ Aqui se faz referência à aceção histórica, e não histórico-jurídica, do termo.

¹⁸⁸ RENAUT, A.. *Op. cit.*, p. 101. Para a completa análise comparativa do léxico das etapas da infância nos períodos Medieval e Moderno, ver p. 93-105 da mesma obra.

contemporaneamente a idade serve de referência no desenvolvimento individualmente considerado.

É com a Modernidade e com o surgimento da família nuclear que a infância passou a ser considerada como uma fase especial da vida. Em verdade, infância e adolescência emergiriam do contexto de uma sociedade industrial, em que a separação entre público e privado lançou a criança cada vez mais ao interior da residência e o adolescente em um processo de aprendizagem, impedindo-os de trabalhar tal como os adultos¹⁸⁹.

A ideia que a Modernidade traz acerca da infância e adolescência é a de fase de transição: crianças serão adultas um dia, não sem antes passar pela adolescência, e precisam ser preparadas para isso. É a partir dessa perspectiva que exsurtem os estudos da Psicologia do Desenvolvimento. Trata-se de um estudo explicativo e normativo, que estuda os porquês e os comportamentos esperados de cada etapa da vida, tendo por pressuposto que os comportamentos e o desenvolvimento biológico vão do mais simples ao mais complexo, do pré-lógico ao lógico, do pré-social ao

¹⁸⁹ “No final do século XVIII e início do XIX, a percepção que até então se tinha da criança foi gradualmente se modificando e a concepção de infância como uma etapa distinta da vida se consolidou na sociedade. Essa percepção, de acordo com Ariès, é concomitante à constituição da família nuclear, do estado nação e da nova organização do trabalho produtivo.

O conceito de infância e adolescência é uma invenção própria da sociedade industrial, ligado às leis trabalhistas e ao sistema educacional que torna o jovem dependente dos pais. Como diz Ariès, a especificidade da adolescência foi reconhecida e emergiu com a escolarização, que supõe a separação entre seres adultos e seres em formação, com a família burguesa que separa o espaço familiar do exterior e com a progressiva exclusão da criança do mundo do trabalho. Esse processo que se iniciou nas classes sociais mais abastadas estendeu-se para toda a sociedade e se impôs como um modelo que atingiu toda a organização social.

A criança foi, então, excluída do mundo do trabalho e de responsabilidades; foi separada do adulto, não participando mais de atividades nas quais até então a sua presença era usual. A criança adquiriu um status de pura, assexuada e inocente.

A distinção criança e adulto fez com que a adolescência começasse a ser percebida como um período à parte do desenvolvimento humano. Conforme Ariès, por volta de 1890 começou a se firmar o interesse pela adolescência, que se torna tema literário e preocupação de moralistas e políticos. Gradualmente, a adolescência como uma fase da vida vai se consolidando e se torna um fenômeno universal, com repercussões pessoais e sociais inquestionáveis. A adolescência passa a ser caracterizada como um emaranhado de fatores de ordem individual, por estar associada à maturidade biológica, e de ordem histórica e social, por estar relacionada às condições específicas da cultura na qual o adolescente está inserido.

Na sociedade moderna, com suas condições materiais e simbólicas específicas, a criança, o adolescente e o jovem adquiriram um *status* de dependentes, não responsáveis jurídica, política e emocionalmente. A criança vai à escola, brinca, mora com a família, é feliz e não tem responsabilidades. Socialmente, fundamenta-se a concepção de que as crianças e os adolescentes devem ser disciplinados para se tornarem adultos.” (SALLES, Leila Maria Ferreira. Infância e adolescência na sociedade contemporânea: alguns apontamentos. In: **Estudos de psicologia**, Campinas, n. 22, v. 1, jan./mar. 2005, p. 35.)

social. O que a criança virá a ser está ordenado e previsto (bem como hierarquizado)¹⁹⁰.

A Psicologia do Desenvolvimento é filha da Modernidade e, como tal, tinha como referência o sujeito racional, pensante e independente. A criança foi tida como um sujeito que alcançaria esse *status*, isso se estivesse dentro do que se considerava normal¹⁹¹.

Tal modo de conceber a infância e a adolescência excluía estes grupos do mundo adulto. Não apenas tinha por efeito proteger, mas também os invisibilizava nos debates acerca de temas que lhes afetavam¹⁹². É necessária uma postura contrária, uma preocupação com crianças e adolescentes para se ver em que medida são afetados¹⁹³. Entretanto, não é possível negar que tenha havido méritos na abordagem da análise de etapas do desenvolvimento humano, o que permite compreender, ainda que com ressalvas, em que ponto há diferenças entre a infância e a fase adulta.

¹⁹⁰ SALLES, L. M. F.. *Op. cit.*, p. 36.

¹⁹¹ “A psicologia do desenvolvimento surge, assim, comprometida com os valores da Modernidade, sob inspiração do Iluminismo, no qual a razão ocupa um papel fundamental e a idéia da emancipação é preponderante. Estabelece-se, no âmbito dos aspectos discursivos da Modernidade, uma relação intrínseca entre razão, emancipação e progresso, a qual é tida como inquestionável - visto sua naturalização. Por essa ótica, a razão é condição para o desenvolvimento (tanto individual quanto coletivo).” (HILLESHEIM, Betina; GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima. De que infância nos fala a psicologia do desenvolvimento? Algumas reflexões. In: **Psicologia da educação**, São Paulo, n. 25, 2º semestre de 2007, p. 83.)

¹⁹² “Não tivemos que lidar com questões dessa ordem no Projeto Infância2. Posso mesmo dizer que o projeto está discutindo a inclusão muito mais ampla da infância nos debates econômicos e políticos. Com isso, não pretendo afirmar que cada criança, em particular, deva manifestar-se sobre questões dessa ordem; trata-se de um enfoque completamente diferente. Significa, porém, que todos os eventos, grandes e pequenos, terão repercussões sobre as crianças, como parte da sociedade; e, em consequência, elas terão reivindicações a serem consideradas nas análises e nos debates acerca de qualquer questão social maior.

Se poucos anos atrás qualquer reivindicação advinda das crianças podia gerar controvérsias, esse parece não ser mais o caso, provavelmente em razão das novas orientações na pesquisa sobre a infância, dentre as quais este projeto é uma parte. Até recentemente, entretanto, a exclusão das crianças do mundo maior, ou melhor, adulto, era a abordagem comum à maioria dos cientistas. De um ponto de vista positivo, o esforço de exclusão ajudava a proteger as crianças dos perigos do mundo moderno; de um negativo, era um projeto ilusório e duvidoso. Ilusório porque as crianças fazem parte desse mundo amplo em muitos, muitos aspectos; duvidoso, e talvez até mesmo contraproducente, no sentido de esconder as crianças num tipo de “limbo analítico”, o que impediu pesquisadores e outros de atentarem às macroforças, que são da mais alta importância, potencialmente, para as condições de vida das crianças.” (QVORTRUP, Jens. Nove teses sobre a “infância como um fenômeno social”. (Traduzido por Maria Leticia Nascimento.) In: **Pró-Posições**, v. 22, n.1, jan./abr. 2011, p. 202.)

¹⁹³ É uma das teses de Qvortrup a de que “A infância é, em princípio, exposta (econômica e institucionalmente) às mesmas forças sociais que os adultos, embora de modo particular”. Não se pode ignorar, por exemplo, que situações como danos ao meio ambiente e desemprego, normalmente analisadas sob a ótica adulta, afetam a infância.

Deve-se ter por pressuposto que o conceito de infância é algo cultural, social e historicamente construído, conforme prelecionam Patrícia Zuculoto e Antonio Marcos Chaves¹⁹⁴. Mesmo uma percepção puramente biológica e psicológica, que não é a adotada aqui, nos levaria à conclusão de que o desenvolvimento humano varia no tempo e no espaço¹⁹⁵. Mas justamente pela inserção da infância dentro de um contexto é que a análise das etapas do desenvolvimento tem utilidade ao presente trabalho, pois está na base da categorização da infância, da adolescência e da juventude nas sociedades ocidentais. Assim, é possível verificar caracteres mínimos, ainda que problematizáveis, para se ter noção ao que correspondem tais etapas.

A ideia central em torno da infância e da adolescência era, sob esta ótica, as de desenvolvimento e de dependência. E, ainda que se aceite como premissa o fato de que a infância não é alheia ao mundo adulto e, ao contrário, as crianças são partícipes na construção da sociedade e participam da divisão social do trabalho¹⁹⁶, não se altera o fato de que há a lei natural de dependência e desenvolvimento. Assim como faz Lévi-Strauss ao analisar a regra do incesto¹⁹⁷, é possível afirmar que a dependência e o desenvolvimento da prole são fatos determinados pela natureza, mas o delineamento específico do padrão normal¹⁹⁸ de dependência e de desenvolvimento se dará em certo contexto¹⁹⁹.

¹⁹⁴ “Concordamos com Heywood ao afirmar que provavelmente o mundo medieval teve algum conceito de infância e que suas concepções deviam ser bem diferentes das nossas. Desse modo, nos alinhamos com esse autor quando defende a ideia de que as concepções de infância sofrem influências dos contextos social, cultural e histórico e compartilhamos a proposta dele de que devemos examinar as diferentes concepções acerca da infância em diferentes tempos e lugares”. (ZUCULOTO, Patrícia Carla Silva do Vale; CHAVES, Antonio Marcos. Significados de infância na história: contribuições da história e da psicologia. In: MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos; RABINOVICH, Elaine Pedreira (org.). **Família e parentalidade**: olhares da psicologia e da história. Curitiba: Juruá, 2011, p. 112).

¹⁹⁵ A título de exemplo, tomemos a puberdade feminina. Se tomássemos a menarca como sinal de maturidade, o Reino Unido da década de 1860 daria conta de que aos 16 anos seria a idade média do atingimento da maturidade corporal feminina, uma vez que, sendo tal a idade normal para o início da atividade menstrual, seria essa época em que as jovens moças poderiam ter filhos. No entanto, nos anos 1990, a idade média da menarca no mesmo local era aos 12 anos. Será que seria esse o ponto do desenvolvimento físico ideal para se ter relações sexuais e se ter o desenvolvimento emocional para ter uma família? O pequeno exemplo dá conta de como mesmo o padrão de normalidade é variável nas sociedades e no tempo, mesmo de uma perspectiva puramente biológica. Ver a breve exposição sobre desenvolvimento normal em: BERRYMAN, Julia C. *et alli*. **A psicologia do desenvolvimento humano**. (Traduzido por Maria Fernanda Oliveira.) Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 29-30.

¹⁹⁶ Teses 4 e 5 de Jens Qvortrup, em obra já citada.

¹⁹⁷ Já a trouxemos no item 2.2.

¹⁹⁸ Não que a normalidade dentro de dada sociedade não possa e não deva ser problematizada. Mas o fato de se ressaltar ou mesmo negar o critério da normalidade não significa que tal noção não esteja na base de uma série de discursos e mereça a devida consideração.

¹⁹⁹ É no contexto de nossa sociedade capitalista hipermoderna que se tem uma dependência dos jovens ou até mesmo de adultos em relação a seus pais e até mesmo avós.

Uma teoria do desenvolvimento humano que encontra influência até a data de hoje é a de Jean Piaget²⁰⁰, o qual divide a infância em quatro etapas, a partir das qualidades dos tipos de pensamento capazes de serem desenvolvidos: dos 0 a 2 anos é o período sensório-motor (fase do lactante ou recém-nascido)²⁰¹; dos 2 aos 7 anos é o período pré-operatório (a 1ª infância)²⁰²; dos 7 aos 11 ou 12 anos é o período das operações concretas (a infância propriamente dita)²⁰³; o período dos 11 ou 12 anos em diante é o das operações formais (a adolescência)²⁰⁴. Os marcos da adolescência não são claros: normalmente se atribui seu início às mudanças corporais provocadas pela puberdade e o final se daria com a sua inserção na sociedade²⁰⁵. Na verdade, esse marco final é discutível, pois entra outra categoria em questão, a da juventude, que será debatida na sequência.

Há que se destacar que, se o surgimento de uma noção moderna da infância gerou certa simpatia em relação às crianças, de modo que as violações a seus direitos se tornam tema de maior comoção, a adolescência é uma categoria mal vista socialmente. Por seu tom questionador em relação aos adultos, bem como pelo maior desenvolvimento físico e mental que faz com que seus erros sejam menos tolerados

²⁰⁰ Ver: BOCK, Ana Mercês Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. **Psicologias**: uma introdução ao estudo de psicologia. 13. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 101-107.

²⁰¹ Em que o mundo é percebido através das sensações – sendo que ao decorrer desta fase o indivíduo percebe que é um elemento dentre outros no mundo –, ao mesmo tempo que habilidades motoras básicas são conquistadas paulatinamente.

²⁰² Em que há o aparecimento da linguagem, o que gera diversas consequências, dentre os quais a aceleração do desenvolvimento do pensamento, o egocentrismo intelectual, com primazia do próprio ponto de vista, e o surgimento de sentimentos interindividuais (como o respeito por quem a criança julga ser superior a ela)

²⁰³ Em que há um início de construção lógica e a capacidade de coordenação de pontos de vista diversos aos seus, de modo a possibilitar a cooperação enquanto se tem uma autonomia pessoal, bem como pode realizar operações – ou seja, ações físicas ou mentais dirigidas a um objetivo – e regredilas e pode verificar situações de causa e efeito.

²⁰⁴ Em que há uma passagem do pensamento concreto para o abstrato, sendo o adolescente capaz de abstrair, generalizar e criar teorias sobre o mundo, em um primeiro momento buscando submeter o mundo aos sistemas criados por sua mente, mas posteriormente se adiantando a interpretando a experiência. Do ponto de vista das relações sociais, o adolescente inicialmente se retrai, é aparentemente antissocial por se retrair e ser mais reflexivo com vistas a mudar o mundo, mas posteriormente equilibra seu pensamento com a realidade e entende em que medida sua reflexão deve auxiliar em suas ações externas. No aspecto afetivo, sofre o adolescente com contradições: deseja libertar-se dos adultos, mas depende deles; deseja ser aceito; as amizades influenciam seu modo de ser e seu vocabulário; estabelece uma moral individual a partir dos grupos em que convive. Os interesses do adolescente variam e vão se estabilizar conforme se aproximar da vida adulta.

²⁰⁵ “Em geral, a adolescência inicia-se com as mudanças corporais da puberdade e termina com a inserção social, profissional e econômica na sociedade adulta.” (SCHOEN-FERREIRA, Teresa Helena; AZNAR-FARIAS, Maria; SILVARES, Edwiges Ferreira de Mattos. *Adolescência através dos séculos*. In: **Psicologia**: teoria e pesquisa, Brasília, vol. 26, n. 2, abr./jun. 2010, p. 227.

e os seus desvios menos aceitos. A consequência é uma menor preocupação e menor adoção de políticas públicas em face desta categoria, que, se apresenta maior desenvolvimento físico e mental, também é vulnerável por não tê-lo completado e não ser inteiramente compreendido socialmente como alguém em desenvolvimento²⁰⁶.

A marca característica da infância e da adolescência é, então, o desenvolvimento²⁰⁷, ao passo que é dependente do adulto em todo esse período. Essas grandezas, desenvolvimento e dependência, são inversamente proporcionais: conforme passa o tempo, a pessoa se desenvolve mais e fica menos dependente. E quanto menor o desenvolvimento e maior a dependência, maior a vulnerabilidade do infante ou do adolescente.

Embora a teoria de Piaget exposta tenha delimitado faixas etárias para cada etapa, a verdade é que o desenvolvimento de cada pessoa será muito específico, devido a diferenças individuais ou mesmo dos entornos a que cada um está submetido²⁰⁸. São muitas variáveis, com as quais o Direito nem sempre está apto a lidar.

²⁰⁶ “O relatório Situação Mundial da Infância 2011 inova nesta edição ao apresentar a adolescência como foco de análise, descrevendo essa fase da vida como um período de oportunidades. A novidade é o reconhecimento de que há um equívoco em entender a adolescência como um problema. Em lugar de serem vistos como oportunidade, os adolescentes são vistos, por exemplo, como ameaça para as famílias e para a sociedade. Muitas vezes suas necessidades não são levadas em consideração pelas políticas públicas e tomadores de decisão. Diante disso, o relatório convoca toda a sociedade a inverter a lógica tradicional, que costuma reduzir a adolescência a uma fase de riscos e vulnerabilidades. A ideia proposta é a visão dessa fase da vida como oportunidade não apenas para os próprios adolescentes, mas também para suas famílias, suas comunidades, os governos e a sociedade. Enquanto o senso comum costuma estigmatizar as pessoas nessa etapa da vida, com ênfase nos dados de gravidez na adolescência, doenças sexualmente transmissíveis e infrações cometidas, o relatório aborda essas questões ressaltando a necessidade de se compreender as trajetórias de vida para identificar as razões e reverter a falta de acesso a direitos básicos que levam a estatísticas devastadoras para adolescência. Contribuem para essa visão estereotipada da adolescência estudos que se restringem a explicá-la por meio de questões biológicas que levariam a uma ‘explosão de hormônios’ e confusão mental, uma fase intermediária, em que já teria sido superada a necessidade de proteção para sobrevivência, mas em que ainda não haveria a autonomia da vida adulta. O relatório Situação Mundial da Infância 2011 desconstrói esse raciocínio, trazendo novos conceitos sobre adolescência e apontando a importância de se continuar investindo no desenvolvimento de meninos e meninas após a primeira década da sua vida.” (FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFANCIA. **Adolescência**: uma fase de oportunidades: Caderno Brasil. New York: UNICEF, 2011, p. 3-4. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/br_cadernoBR_SOWCR11\(3\).pdf](http://www.unicef.org/brazil/pt/br_cadernoBR_SOWCR11(3).pdf)>. Último acesso em 29 de dezembro de 2015, às 17h17.)

²⁰⁷ Em todos os aspectos elencados pela teoria do desenvolvimento humano: aspecto físico-motor, aspecto intelectual, aspecto afetivo-emocional, aspecto social.

²⁰⁸ A teoria do desenvolvimento humano elenca vários aspectos que atuam de forma indissociada e em permanente interação: hereditariedade (carga genética); crescimento orgânico (aumento da altura e estabilização do esqueleto, entre outros); maturação neurofisiológica (o que torna possível padrões de comportamento); meio (o conjunto de influências e estímulos ambientais a que a pessoa é submetida).

Não por menos é que, via de regra, o Direito prefere operar com a idade cronológica. Critério objetivamente aferível, é facilitador de políticas públicas e de atribuição de situações jurídicas aos sujeitos. No entanto, acaba por ser arbitrário.

A criança foi encarada com diversos olhares ao longo da história. Seu trato jurídico, igualmente, variou ao longo do tempo.

No Brasil, as figuras legais da criança e do adolescente são relativamente recentes, recebendo menção da Constituição de 1988 e sendo regulamentados pela Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990. A idade legal da infância (zero a onze anos de idade completos) e da adolescência (doze a dezessete anos de idade completos) são novidades dos anos 1990, com o ECA – pois antigamente não se tinha estas duas categorias na Lei, havia apenas o menor, que pelo Código Civil de 1916 era menor de vinte e um anos de idade –, e sequer são um consenso no espaço institucionalizado. Basta lembrar que a UNICEF estabelece que a adolescência seria dos dez aos dezenove anos de idade, em clara divergência com o parâmetro do nosso Estatuto²⁰⁹. No entanto, ao estabelecer tal marco legal, parece que o legislador buscou fixar o fim da adolescência legal no fim do desenvolvimento biológico, ou seja, em data aproximada do fim da puberdade²¹⁰. Embora o desenvolvimento intelectual e social continue mesmo para além dos dezoito anos, o legislador entendeu que não era o caso de permanecer o regime das incapacidades e nem o regime protetivo do Estatuto. Posteriormente, para confirmar tal orientação, adveio a regulação legal da juventude, que se sobrepõe parcialmente ao regime legal da adolescência e diz respeito a esta fase de amadurecimento social.

Ensina Antonio Cezar Lima da Fonseca, que os direitos da criança e do adolescente no Brasil fizeram uma transição do “direito do menor” para o “direito da criança e do adolescente”, sendo que a primeira expressão “reduzia a importância da

²⁰⁹ “A publicação aponta a dificuldade em definir a adolescência como um conceito único, uma vez que os indivíduos vivenciam essa experiência de forma diferente, dependendo de variáveis como a maturidade física, emocional e cognitiva do indivíduo. De acordo com o relatório, outro complicador está relacionado ao fato de que os países têm diferentes legislações a respeito da idade em que os legalmente ditos ‘menores de idade’ se tornam ‘maiores’. O relatório Situação Mundial da Infância 2011 define adolescência como a fase da vida entre 10 e 19 anos de idade. No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente define a adolescência como a fase da vida entre 12 e 18 anos incompletos.” (FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. *Op. cit.*, p. 3.)

²¹⁰ Sabendo-se que a puberdade dura até cerca dos 18 ou 19 anos, coincidindo com o começo da fase adulta. (BERRYMAN, J. C. *et alli. Op. cit.*, p. 257-258.)

criança como ser humano”²¹¹. A infância, no final do século XIX e começo do século XX, no Brasil, era enxergada como um futuro, como uma categoria social sobre a qual se projetava a construção da nação, de modo que os problemas que incidiam sobre ela eram motivo de séria preocupação estatal, conforme se vê de Zuculoto e Chaves²¹².

Via-se as crianças e adolescentes pobres como um problema social, a ser resolvida pelo Estado.²¹³ É o que se vislumbra com a “doutrina do Direito Penal do menor”²¹⁴ e do primeiro Código de Menores²¹⁵, que demonstraram uma preocupação incipiente com a situação do então denominado “menor”, mas não com sua pessoa propriamente dita e sim com a repercussão que ele pode gerar no meio social. O segundo Código de Menores (Lei n.º 6.697/1979) vai inaugurar uma nova doutrina, a “Doutrina do Menor em Situação Irregular”²¹⁶, pela qual, segundo Kreuz, a criança “só

²¹¹ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 7.

²¹² “Rizzini constatou em suas pesquisas, que foi atribuída grande importância à parcela infantil e empobrecida da população brasileira na passagem do século XIX para o XX. Observou que o significado do papel atribuído a essa parcela da população no projeto de construção de nossa nação revela o momento no qual a infância se mostrava como um problema social, cuja solução era considerada como fundamental para o país.” (ZUCULOTO, P. C. S. do V.; CHAVES, A. M.. *Op. cit.*, p. 105.)

²¹³ “Rizzini concluiu que, através da análise das ideias e práticas vigentes nesse período, o acentuado interesse na criança pobre correspondia a um projeto essencialmente político, cuja meta era combater o contingente ocioso da população, enquadrando-o desde a infância à demanda do desenvolvimento capitalista de então. Pretendia-se transformar a criança pobre em elemento útil para o país.” (*Idem, ibidem.*)

²¹⁴ Iniciou-se, sob a égide do Império, uma perspectiva punitiva, de combate à delinquência, a partir dos Códigos Penais de 1830 e 1890. Havia uma ótica mista de assistência e correção, cabendo ao juiz, unicamente, a análise da situação da infância pelo Direito Penal. “Primeiro, ao encargo do Estado punitivo, quando crianças e adolescentes eram vistos sob a ótica da delinquência. Imperava a doutrina do Direito Penal do Menor, tendo por base os Códigos Penais de 1830 e 1890. Havia um misto correcional e assistencial, encaminhados ‘sob concepções de altruísmo ou caridade’, no qual unicamente o juiz analisava a atuação do jovem no plano penal.” (FONSECA, A. C. L. da. *Op. cit.*, p. 7.)

²¹⁵ Em 1927 foi editado o Decreto 17.943-A, que compilou a legislação vigente e trouxe algumas inovações: “O Código de Menores de 1927, que consolidou toda a legislação sobre crianças até então emanada de Portugal, pelo Império e pela República, consagrou um sistema dual no atendimento à criança, atuando especificamente sobre os chamados *efeitos da ausência*, que atribui ao Estado a tutela sobre o órfão, o abandonado e os pais presumidos como ausentes, tornando disponível seus direitos de pátrio poder. Os chamados direitos civis, entendidos como os direitos pertinentes à criança inserida em uma família padrão, em moldes socialmente aceitáveis, continuaram merecendo a proteção do Código Civil Brasileiro, sem alterações substanciais.” (SILVA, Roberto da. A construção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil. In: SILVA, Enid Rocha Andrade da (Coord.). **O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004, p. 291.)

²¹⁶ “Neste Código foi introduzido o termo situação irregular, sendo esta compreendida como a privação das condições de subsistência, de saúde e de instrução, por omissão dos pais ou responsáveis, além da situação de maus-tratos e castigos, de perigo moral, de falta de assistência legal, de desvio de

tinha importância para o Poder Público, quando se fizesse notar pela sua situação de ‘irregularidade’, como a delinquência, o abandono, orfandade etc”²¹⁷. Adotava-se um sistema dual: a criança da família burguesa era deixada em paz no seu reduto privado, estando sob a responsabilidade de seus pais em razão do (então dito) pátrio poder e do regime de incapacidades, numa imunidade do núcleo familiar²¹⁸; em relação às famílias de classe baixa assumia o Estado uma postura paternalista, de cuidar aquela criança ou adolescente que não fosse devidamente assistida por sua família. Eram permitidas arbitrariedades em nome dessa tentativa de regularização²¹⁹.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela ONU em 20 de novembro de 1959, seria onde deitariam as raízes, para Heloísa Helena Barboza, do princípio do melhor interesse da criança²²⁰. Mas o momento de transformação mais radical dos direitos da criança e do adolescente em terra brasileira estava por vir.

conduta por inadaptação familiar ou comunitária, e autoria de infração penal” (POLETTI, L. B.. *Op. cit.*, p. 6.)

²¹⁷ KREUZ, Sérgio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento constitucional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 65.

²¹⁸ Expressão adotada por Perlingieri: “‘Imunidade’ significaria uma tendencial subtração das vicissitudes internas da família ao controle do Estado: o poder normativo do ordenamento jurídico, a sua força de afirmação dos valores sobre os quais se funda, paralisar-se-ia diante da família, vista como comunidade autônoma, em um certo modo portadora de uma própria subjetividade, corpo separado, ordenamento finalizado a si mesmo, originário em relação ao Estado.” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 248.)

²¹⁹ “Por mais de dez anos, as decisões tomadas em nome da lei, tantas vezes arbitrárias, eram fruto de critérios subjetivos do Juiz, marcados pela discriminação, desinformação, ou ainda, pela falta de condições institucionais que melhor viabilizassem a apreciação dos conflitos. [...] Sobrepondo os *superiores interesses do menor* sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, o espaço de ação judicial e estatal era absoluto, ficando o destino e a vida da criança e do jovem à mercê da vontade do Juiz.” (PEREIRA, T. da S.. O “melhor interesse da criança”, p. 12-13.)

²²⁰ BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A família na travessia do milênio**: anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM; Del Rey, 2000, p. 204. Observa Barboza que estava inscrito no Código de Menores, em seu artigo 5º, uma “regra de ouro do Direito do Menor”, que seria a de que a proteção dos interesses do menor se sobreporiam a qualquer outro. Se, por um lado, a dita regra não significou uma efetiva proteção ao “menor em situação irregular”, por outro encontrou reflexos dentro das questões de ruptura da união conjugal. “A idéia de bem-estar do menor e prioridade de seus interesses prevaleceu e de fato impregnou-se em nosso ordenamento, tendo imediato e eficaz reflexo nas questões relativas à guarda de crianças” (BARBOZA, H. H. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, p. 205.). A autora ainda observa que a posição do artigo 326 do Código Civil de 1916, de que o filho deveria ficar sob a guarda do cônjuge inocente, já estava sendo abandonada mesmo antes da Lei do Divórcio de 1977, “visto que já a Lei 4.121/62, o Estatuto da Mulher Casada, acolhera a tutela do bem-estar do menor como objetivo preponderante”. BARBOZA, H. H. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, p. 205. No entanto, tal observação deve ser recebida com certa obtemperação. O modelo era preponderantemente de guarda unilateral, visto não haver previsão legal e nem debates doutrinários expressivos sobre a guarda compartilhada antes da década de 1990. Assim, o genitor não guardião ficava com, nas palavras de Waldyr Grisard Filho, “um papel verdadeiramente secundário, que o privava do integral relacionamento com seu filho”, (GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 5. ed., rev. e

A Constituição de 1988 representou uma nova virada no regime jurídico destinado à infância, ao inaugurar a chamada “Doutrina da Proteção Integral”, com imensa repercussão nas relações em que estão envolvidos crianças e adolescentes. Preleciona Tânia da Silva Pereira que por esta doutrina, “a população infanto-juvenil, em qualquer situação, deve ser protegida e seus direitos, garantidos, além terem [sic] reconhecidas prerrogativas idênticas às dos adultos”²²¹. A Constituição passou a prever em seu texto, no seu art. 227:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.²²²

Posteriormente, como forma de confirmação a esta nova sistemática, o Brasil ratificou a Convenção dos Direitos da Criança de 1989, trazida ao ordenamento jurídico interno pelo Decreto n.º 99.710/1990, e editou a Lei n.º 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, consagrou uma nova lógica, com estabelecimento de direitos e princípios dotados de jusfundamentalidade, por estarem previstos constitucionalmente, e minuciosa regulamentação infraconstitucional.

Percebeu-se que a criança e o adolescente não eram objetos de tutela, mas sim sujeitos de direito com igual dignidade aos adultos. Não é um “meio sujeito” ou um “sujeito incompleto”, apenas alguém com maturidade incompleta, com personalidade em formação, mas digno de ter seus direitos atendidos, para que venha a adquirir pleno desenvolvimento. Gustavo Tepedino afirma que uma série de dispositivos do Estatuto “determina a proteção da criança e do adolescente, assegurando espaços de autonomia – na medida em que adquirem aptidão psíquica – necessários à tomada de determinadas decisões relativas à sua própria vida”²²³.

atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 158.), que é prejudicial também para a criança, que tem direito a ter os dois pais presentes. E esta guarda unilateral normalmente não era (ou é) atribuída levando em conta necessariamente o melhor interesse da criança.

²²¹PEREIRA, T. da S., *op. cit.*, p. 14.

²²² Na redação original, previamente à EC n.º 65/2010.

²²³ TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: _____. **Temas de direito civil**: tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 213.

Ou seja, criança e adolescente é pessoa em desenvolvimento, que deve ser respeitada conforme seu estágio de formação. Pretendeu-se abandonar a antiga designação “menor”²²⁴, por trazer alta carga negativa do sistema anterior, de um ser incapaz de decidir por si próprio, que era mero objeto de poder, dos pais ou, se estes se mostrarem inaptos, do Estado.

A tutela destinada à infância é diversa, não mais apenas repressiva, mas também preventiva. Destina-se não apenas cuidados à “situação irregular” (designação que se imputava à criança), mas se busca a melhoria das condições de vida para qualquer criança e adolescente, com políticas públicas e conscientização que se tratam de sujeitos de direitos dignos de especial proteção.²²⁵

A constitucionalização do Direito Civil representa uma grande mudança de paradigma no Direito da Criança e do Adolescente. Não apenas inseriu em seu texto direitos próprios a esta categoria de vulneráveis, o que se denominou “doutrina da proteção integral”, como também destacou o seu texto normativo do tratamento constitucional dado à família. Percebe-se uma autonomia dada ao tema, o que representa, de certa forma, que a criança e o adolescente são merecedores da proteção integral, independentemente de estarem no que outrora se denominou de “situação irregular” ou não.

Estando a Constituição no centro do ordenamento, seus princípios emanam e instruem a interpretação e a criação de textos normativos setoriais, bem como as próprias regras constitucionais apresentam eficácia direta e inafastável, obrigando não só o Poder Público, mas também a família e a comunidade em que estão inseridas as crianças e adolescentes, sujeitos de especial proteção.

E a valorização dada pela Constituição a este grupo de pessoas é decorrência do princípio maior da dignidade da pessoa humana. Trata-se de uma verdadeira

²²⁴ O legislador, em seus próximos passos, acabou por esquecer essa orientação. Basta ver que no Código Civil de 2002 a palavra “menor” é utilizada diversas vezes para se referir à pessoa menor de 18 anos de idade. Para se ficarem um exemplo, basta ver o parágrafo único do artigo 5º.

²²⁵ “Parece-nos importante enfatizar que o enfoque foi radicalmente alterado. De um arcabouço legislativo voltado para a *correção*, passou-se para uma visão *holística* na maneira de se encarar as questões atinentes ao menor, buscando-se formas de se remediar ou ao menos minimizar as *causas* que se encontram nas raízes dos problemas. Antes que a infração ocorra, tenta-se evitar as causas que possam permiti-la. E mesmo na situação de desconformidade, percebe-se que o legislador lança mão de instrumentos mais abrangentes na tentativa de solucionar o problema, de que são exemplos os mecanismos para acompanhamento e tratamento dos pais ou do responsável do menor.” (JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. Guarda, tutela e adoção no estatuto da criança e do adolescente. Principais aspectos. In: **Revista de direito privado**, São Paulo, n. 5, jan./mar. 2001, p. 29.)

especialização da tutela da pessoa humana, que encontra sua cláusula geral no art. 1º, III da Carta Política.

Deve-se ter presente a ideia de que o cuidado é um valor que informa nossas relações humanas e tem manifestações no Direito. Cuidado representa uma complementariedade com a noção de justiça, na medida em que, conforme preleciona Leonardo Boff, o ser humano é um-ser-com-os-outros, um ser que se relaciona, que é cuidado e que cuida.

A justiça e as virtudes para serem humanas precisam expressar o modo-de-ser singular do ser humano: ser individual que se faz virtuoso para com os outros, animal político vivendo sob o império de leis justas e de instituições. Em ambas, as esferas se realiza a justiça e vigoram as virtudes. Mas isso não basta, precisa revelar sua essência como um ser que nasceu do cuidado, tende naturalmente a cuidar e desejar ser cuidado. O cuidado impedirá que as virtudes se transformem em farisaísmo, as leis em legalismo e as instituições.²²⁶

O cuidado como valor jurídico apresenta diversas repercussões, dentre as quais uma cláusula geral de tutela à pessoa humana, em decorrência da sua natural vulnerabilidade diante das estruturas sociais. Mas há grupos que são especialmente vulneráveis, hipossuficientes, por conta de debilidades que lhes atingem, devendo o direito lhes destinar especial tutela diante de suas situações concretas. Para que haja igualdade material, não basta a cláusula geral de tutela, mas são necessárias ações afirmativas e leis especiais para que se dê real proteção a estes grupos minoritários. Daí a necessidade de proteção a crianças e adolescentes.

A criança e o adolescente passaram a ser considerados a partir de sua condição de pessoas em desenvolvimento, havendo tratamento específico para lhes tutelar.

Este novo regime, baseado na Doutrina da Proteção Integral, tem alguns princípios que podem ser considerados regentes, a saber, a proteção integral, o melhor interesse da criança e a prioridade absoluta, além de outros comuns a todas as pessoas.

²²⁶ BOFF, Leonardo. Justiça e cuidado: opostos ou complementares? In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 11.

O princípio da dignidade da pessoa humana leva à já mencionada cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade, inspirada pelo valor jurídico do cuidado. Conforme assevera Eroulths Cortiano Júnior, o direito geral de personalidade pode ser justificado “na falência do ideal positivista como também na infinita possibilidade de desenvolvimento da personalidade humana (o que acarreta infinitas possibilidades de ofensas)”²²⁷. Mas não se resume a isto. Como se verifica dos princípios decorrentes enumerados por Maria Celina Bodin de Moraes²²⁸, há uma igualdade, que não deve ser apenas formal (embora este aspecto seja muito importante, como se viu na consagração da igualdade de estatutos dada às filiações de diferentes origens), mas também substancial, incluindo também o respeito à diferença. Ou seja, deve se levar em conta a condição de crianças e adolescentes como pessoas em estágio de desenvolvimento. Por conta disto, teve lugar a doutrina da proteção integral.

A esta doutrina se aplica o que diz Fonseca sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente: “amolda-se sobre quatro orientações: o asseguramento dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, os princípios do melhor interesse [da criança], da proteção integral e da prioridade absoluta”²²⁹. Quanto aos direitos fundamentais, cabe destacar que crianças e adolescentes possuem, por sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, além dos direitos fundamentais de todas as pessoas, aqueles que lhes são conferidos para especial proteção.

Quanto ao melhor interesse da criança, inicialmente cabe asseverar que, apesar do nome, se aplica desde sua origem normativa também a adolescentes²³⁰. É um princípio com alta carga valorativa, mas baixa densidade regulamentadora. Rodrigo da Cunha Pereira afirma que tem “estreita relação com os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente”²³¹. É um elemento discursivo muito

²²⁷ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 47.

²²⁸ Conforme citado no tópico 2.3.

²²⁹ FONSECA, A. C. L. da. *Op. Cit.*, p. 22.

²³⁰ O princípio do melhor interesse da criança é previsto no artigo 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Ocorre que o artigo 1 da mesma Convenção considera criança “todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”. Assim, a criança da Convenção, a quem está destina a consagração de seu melhor interesse, equivale à criança e ao adolescente estatutários. Desta forma, pode se dizer simplesmente “melhor interesse da criança” sem estar se reduzindo seu escopo protetivo, por expressa previsão normativa.

²³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 151.

utilizado em litígios de guarda de filhos e para fundamentar decisões em diversos sentidos.

Neste sentido, cabe destacar uma importante função do melhor interesse, que é, na opinião de Emílio Garcia Mendez e Mary Beloff trazida por Tânia da Silva Pereira, um princípio com “caráter interpretativo”²³². Neste sentido, Sávio Bittencourt traz um relevantíssimo vetor interpretativo, uma regra de julgamento e mesmo de orientação de políticas públicas: quando os interesses das crianças entrarem em conflito com os de adultos, sempre os primeiros serão “juridicamente mais valioso[s] que os demais envolvidos na questão”²³³, pois está “em um patamar de superioridade jurídica, quando seus interesses colidem com os de pessoas adultas”²³⁴. Por esta diretriz valorativa, os interesses infanto-juvenis sempre contarão com uma preeminência em relação a qualquer outro que entre em rota de colisão. Por outro lado, também serve como orientação aos poderes concedidos em relação à criança, como a autoridade parental, a guarda e a tutela, demandando o seu exercício em benefício desta e não em proveito próprio. Isto porque se trata de preceito fundamental cuja eficácia se estende ao Poder Público e aos privados.

Quanto ao princípio da prioridade absoluta, importa dizer, com Kreuz, que “se sobrepõe a outras prioridades estabelecidas pelo legislador, como é o caso daquela conferida às pessoas idosas ou aos cidadãos portadores de necessidades especiais, entre outras”²³⁵. Liga-se intimamente, no âmbito familiar, ao princípio da paternidade/maternidade responsável²³⁶, pois a família devem sempre dar prioridade aos interesses da prole (o que não significa sempre atender suas vontades), mas não

²³² PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e psicanálise**: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 213.

²³³ BITTENCOURT, Sávio. **A nova Lei de Adoção**: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 48.

²³⁴ *Ibidem*, p. 38.

²³⁵ KREUZ, S. L. *Op. Cit.*, p. 70.

²³⁶ “A paternidade é mais que fundamental para todos nós. Ela é fundante do sujeito. A estruturação psíquica dos sujeitos se faz e se determina a partir da relação que ele tem com seus pais. Eles devem assumir os ônus e bônus da criação dos filhos, tenham sido planejados ou não. Tais direitos deixaram de ser apenas um conjunto de competências atribuídas aos pais, convertendo-se em um conjunto de deveres para atender ao melhor interesse do filho, principalmente no que tange a convivência familiar.” (PEREIRA, R. da C. **Princípios fundamentais...**, p. 245.). Fala-se usualmente em paternidade responsável porque é por essa expressão que optou o constituinte ao redigir o art. 226, §7º, talvez até pela preferência da norma culta da língua portuguesa em utilizar o gênero masculino quando não se tem certeza do gênero ou quando há indivíduos de ambos os gêneros em uma pluralidade, mas o princípio jurídico certamente não se restringe ao pai, atingindo também a mãe.

somente eles, pois a família, em seu sentido mais ampliado, também se encontra obrigada com o bem-estar da criança.

O Poder Público, por sua vez, está obrigado a editar novas e realizar em grau satisfatório as já previstas políticas públicas destinadas a efetivar os direitos e garantias fundamentais de crianças e adolescentes em grau de urgência, antes mesmo de fazê-las em favor de outras categorias vulneráveis, como os consumidores ou os idosos²³⁷. É impositiva a celeridade em qualquer procedimento envolvendo crianças e adolescentes, pois para estas pessoas a ação do tempo é muito mais sensível²³⁸.

A aplicação do princípio da prioridade absoluta deve ser a mais ampla e resoluta possível, uma vez que não se deve questionar que interesses das crianças e dos adolescentes estão em relação de primazia com os demais:

Estabelece [o princípio] primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesse. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infanto-juvenil deve preponderar. Não comporta indagações ou ponderações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela nação por meio do legislador constituinte.²³⁹

É interessante destacar que o idoso também tem previsto para si o mesmo princípio, da prioridade absoluta, mas não em sede constitucional e sim no Estatuto do Idoso (art. 3º). Na relação avoenga, em que há potencialmente dois polos vulneráveis, parece ser necessário avaliar qual proteção deve prevalecer.

Assevere-se que a expressão “prioridade absoluta” está em relação com os direitos fundamentais elencados no art. 227 da CR/88.

²³⁷ “Não se trata, porém, de qualquer prioridade, mas de *prioridade absoluta*, o que significa que se sobrepõe a outras prioridades estabelecidas pelo legislador, como é o caso daquela conferida às pessoas idosas ou aos cidadãos portadores de necessidades especiais, entre outras”. (KREUZ, S. L. *Op. Cit.*, p. 71.)

²³⁸ Mormente quando está envolvida a medida da institucionalização no processo. Neste sentido: “Por melhor equipada que seja uma instituição, sob o aspecto físico e humano, o longo tempo de acolhimento, além de produzir o esfacelamento dos laços familiares (com a família biológica), prejudica sua estimulação, priva a criança do convívio social, retardando a socialização e o seu desenvolvimento” (KREUZ, S. L. *Op. Cit.*, p. 54).

²³⁹ AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 60.

Quanto à proteção integral, significa que devem as crianças e os adolescentes ser protegidos quando estiverem em situação de risco, mas também ser assegurados seus direitos fundamentais antes que sejam submetidos a violações. Trata-se de uma tutela não apenas repressiva, mas principalmente preventiva da violação aos direitos fundamentais e também de sua preservação²⁴⁰. É um princípio intimamente ligado ao valor jurídico do cuidado e ao princípio da solidariedade, pois há um resgate do “paradigma do ‘modo-de-ser-cuidado’ [que] impõe-se em razão do caráter destrutivo do anterior, que se encontra em fase de esgotamento”²⁴¹.

Os pais estão obrigados a cuidar de seus filhos. O afeto tem valor jurídico, por ser elemento estruturante e gerador de efeitos. “Para que haja uma entidade familiar, é necessário um especial ou, mais precisamente, afeto familiar, que pode ser conjugal ou parental”²⁴². O princípio da afetividade está na base da família contemporânea, por conta de sua função de realização de cada um de seus membros. É decorrência do princípio da solidariedade que os pais cuidem de seus filhos, porque o “cumprimento de funções paternas e maternas, por outro lado, é o que pode garantir uma estruturação biopsíquica saudável de alguém”²⁴³. Não há um dever de amor, pois a amar não se pode ser compelido pelo direito, mas há um dever de cuidado, que significa “garantir às crianças e aos adolescentes condições de desenvolvimento físico e emocional adequado, que lhes permita, inclusive, o sentimento de fazer parte de uma família”²⁴⁴. Quando descumprido este dever de cuidado, aí se faz necessária a intervenção estatal, que deve ser realizada no interesse das crianças e dos adolescentes envolvidos.

Por fim, como mencionado, a proteção dos direitos fundamentais peculiares de crianças e adolescentes enquanto pessoas em desenvolvimento é elemento

²⁴⁰ “Além de terem direitos equivalentes, ainda foram contemplados com regras especiais, não para protegê-los, quando estiverem em situação de risco, de abandono, mas para lhes assegurar o direito à educação, ao lazer, à profissionalização, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outras. O assistencialismo deve dar lugar a políticas de garantia, uma vez que a criança e o adolescente institucionalizados, de rua, são, antes, crianças e adolescentes vítimas de abandono, de maus-tratos, que não tiveram oportunidade de escolarização, de lazer, enfim, não tiveram as mesmas oportunidades de outros”. (Idem, p. 69).

²⁴¹ HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha *et alli*. O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 124.

²⁴² PEREIRA, R. da C. **Princípios...**, p. 211.

²⁴³ *Ibidem*, p. 216.

²⁴⁴ HAPNER, A.A.M.A. *et alli*. *Op. cit.*, p. 138.

norteador, como já destacado. A proteção destes, quando presente integrante do grupo vulnerável em comento, é imperiosa nas relações avoengas.

A Constituição prevê, no art. 227, os seguintes direitos como próprios da criança e do adolescente, a serem resguardados pela família, pela sociedade e pelo Estado., com prioridade absoluta: vida; alimentação; educação; lazer; profissionalização; cultura; dignidade; respeito; liberdade; convivência familiar e comunitária; proteção contra negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e proteção.

O direito à vida, à dignidade e à saúde, entre outros, não são exclusividade da criança e do adolescente. O alerta que precisa ser feito é o de que toda criança contra com os direitos inerentes a toda a pessoa e direitos próprios de sua condição de vulnerável, assim sendo por serem pessoas em fase de desenvolvimento. Alguns podem até ser repetitivos, mas a reiteração serve de alerta para dizer que os pais, familiares ou qualquer outro não detêm disponibilidade sobre a vida dos infantes e adolescentes.

Retomando a lição de Maria Celina Bodin de Moraes²⁴⁵, logo se percebe que estes direitos fundamentais se destinam a proteger a dignidade. A previsão da vida, da saúde, da convivência familiar e comunitária, à educação, ao lazer, à cultura, todos estes dizem respeito à integridade psicofísica. São necessários cuidados essenciais para a saudável formação, seja física, seja mental. Por outro lado, contribuem para a autonomização, permitindo que se atinja possibilidades efetivas do exercício da liberdade. A proteção contra a discriminação se revela como concretização do princípio da igualdade. Por fim, a atribuição de deveres à família, à sociedade e ao Estado demonstra como o princípio da solidariedade gera deveres para todos, modulados os efeitos conforme a proximidade da criança ou do adolescente.

É necessário cotejar esta proteção destinada à criança e ao adolescente com a tutela do idoso, que poderá estar presente no outro polo da relação avoenga. A análise de diversas situações passará, muitas vezes, pela análise comparativa de ambas.

²⁴⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 118-139.

3.3 DIREITO DOS JOVENS E UMA VULNERABILIDADE MITIGADA

A partir da Emenda Constitucional n.º 65/2010, a figura do jovem ganhou, enquanto tal, expressa previsão constitucional protetiva, demandando que a questão fosse enfrentada no âmbito do presente trabalho.

Em verdade, com a Emenda Constitucional n.º 65/2010, o art. 227 da Constituição da República de 1988 passou a abranger o jovem como digno das mesmas proteções da criança e do adolescente. No entanto, parece ter havido um equívoco na técnica legislativa do constituinte derivado.

É certo que, da categoria jovem, que corresponde às pessoas que têm entre quinze e vinte e nove anos de idade segundo o Estatuto da Juventude (Lei n.º 12.852/2013), é possível vislumbrar parcial superposição com os adolescentes, para as pessoas entre quinze e dezessete anos de idade. Os jovens em geral apresentam necessidades especiais, como acesso ao primeiro emprego e à cultura, mas certamente não são as mesmas de crianças e adolescentes, como especial destaque à convivência familiar (jovens precisam da convivência familiar tanto quanto um adulto de meia-idade, nada justifica a diferenciação).

Andaria melhor o constituinte derivado se dedicasse um dispositivo próprio aos jovens, mas não inserí-lo no mesmo artigo de crianças e adolescentes, pois não se pode tê-lo como pessoa especialmente vulnerável, ao menos no mesmo sentido dos grupos anteriormente analisados. A leitura da alteração promovida pela Emenda deve ser feita de acordo com as finalidades da modificação.

Prova de que se tratou de um equívoco legislativo, e não de uma intenção de equiparar jovens aos seus coabitantes do art. 227 da CR/88, é o de que o Estatuto da Juventude não cuidou de reafirmar o princípio da prioridade absoluta – basta ver o art. 2º -, ao contrário do que ocorreu no Estatuto da Criança e do Adolescente. Do mesmo modo, não afirmou a doutrina da proteção integral: ao contrário, para os jovens-adolescentes (ou seja, pessoas de quinze a dezessete anos) deu prioridade à aplicação do ECA, só se aplicando a Lei juvenil quando não conflitasse com a proteção

integral dos adolescentes, dando a entender que apenas o Estatuto de 1990, e não o de 2013, consagraria tal proteção²⁴⁶.

Não se trata de ler a Constituição à luz da legislação infraconstitucional, mas de efetuar uma leitura que não esvazie a proteção que o constituinte originário quis dar às crianças e adolescentes, a mesma que o legislador ordinário (que, ao fim, é o mesmo constituinte derivado, apenas este tendo um quórum qualificado) pretendeu assegurar. Não há justificativa para equiparar o jovem à criança e ao adolescente: apenas se deu uma Emenda com um texto que equivocadamente levaria a tal interpretação pela sua leitura literal. O Estatuto da Juventude nada mais faz do que reconduzir à melhor interpretação do esforço do constituinte derivado.

A previsão constitucional deve ser lida com a devida diferença que há entre crianças e adolescentes, de um lado, e jovens, de outro, na necessidade de proteção jurídica:

Note-se que, diferentemente dos direitos da infância e do adolescente consagrados no Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem um caráter marcadamente protetivo, porque de fato a pessoa precisa basicamente de proteção nesse período de muita fragilidade da existência, a situação da juventude é diferenciada, porque, muito embora a juventude precise de proteção, como todos os indivíduos precisam, os jovens demandam, sobretudo oportunidades. Assim sendo, o caráter do Estatuto da Juventude é possibilitador, atendendo as especificidades da juventude. Objetiva ser um instrumento de apoio ao jovem nas suas escolhas, buscas, incertezas, caminhos e descaminhos.²⁴⁷

O que o jovem necessita é de um reforço nas debilidades impostas pela sociedade. Dificuldade de acesso a emprego, exigência de formação prolongada que

²⁴⁶ Em verdade, a consequência prática de haver um adolescente jovem é quase nula: “A partir de uma análise sistemática, que leva em consideração o fato de que o art. 1º, §1º, do EJUVE arrola como jovem a pessoa que ostenta entre 15 e 29 anos, e que a correta interpretação do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei n. 8.069/90) considera criança a pessoa com até 11 anos e adolescente o sujeito que apresenta entre 12 e 17 anos, é clara a conclusão no sentido de que a pessoa que tem entre 15 e 17 anos de idade será – ao mesmo tempo – adolescente e jovem, ou adolescente-jovem. Há, portanto, uma sobreposição categorial. Mas essa constatação não gera nenhuma repercussão prática. Isso porque, de acordo com a correta interpretação do art. 1º, §2º, do EJUVE, aos adolescentes com idade entre 15 e 17 anos aplica-se o ECA e, excepcionalmente, o EJUVE, quando não conflitar com as normas de proteção integral do adolescente.” (LÉPORE, Paulo Eduardo; RAMIDOFF, Mário Luiz; ROSSATTO, Luciano Alves. **Estatuto da Juventude comentado**: Lei n. 12.852/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 24.)

²⁴⁷ PARRA-BARRIENTO, Jorge. O Estatuto da Juventude: instrumento para o desenvolvimento integral dos jovens. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 163, jul./set. 2004, p. 139.

retarda sua colocação no mercado de trabalho ou impõe que uma colocação prematura não se dê de forma adequada porque não atende aos requisitos de educação formal. Igualmente, para que as formas de manifestação cultural da juventude (como já foi o *rock* e atualmente é o *funk* e o *hip hop*) não sejam vistas como subcultura. Enfim, as necessidades da juventude são variadas.

Entretanto, certamente o jovem não é vulnerável no mesmo sentido que uma criança ou um adolescente o são. Não se trata de um ser humano em desenvolvimento. A definição do jovem não é algo tendo em vista o critério biológico e individual, mas sim o social: é aquela pessoa que está em vias de ingressar na sociedade de forma independente. Destaque-se, sua tônica é o período de independência e inserção social, o que não quer dizer que ela seja incompatível com a pessoa em desenvolvimento, tanto que contempla parcialmente os adolescentes; no entanto, por uma questão de lógica, se a adolescência legal pretende demarcar aproximadamente o fim da puberdade, é possível dizer que o jovem adulto não está em fase de desenvolvimento biológico, mas tão somente na fase de autonomização. Assim, este jovem não adolescente tem necessidades próprias e não é insitavelmente vulnerável, mas sim o é na relação com seu contexto²⁴⁸.

Cabe ressaltar que a delimitação entre o que é adolescência e o que é juventude não é clara. Vários textos de diversas áreas de conhecimento tratam o adolescente como jovem²⁴⁹. Em verdade, a adolescência parece se referir mais à

²⁴⁸ “Note-se que, diferentemente dos direitos da infância e do adolescente consagrados no Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem um caráter marcadamente protetivo, porque de fato a pessoa precisa basicamente de proteção nesse período de muita fragilidade da existência, a situação da juventude é diferenciada, porque, muito embora a juventude precise de proteção, como todos os indivíduos precisam, os jovens demandam, sobretudo oportunidades. Assim sendo, o caráter do Estatuto da Juventude é possibilitador, atendendo as especificidades da juventude. Objetiva ser um instrumento de apoio ao jovem nas suas escolhas, buscas, incertezas, caminhos e descaminhos” (BARRIENTOS-PARRA, Jorge. O Estatuto da Juventude: instrumento para o desenvolvimento integral dos jovens. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 163, jul./set. 2004, p. 139.)

²⁴⁹ Exemplificando, citamos o presente texto, que trata da juventude, mas em diversos momentos menciona adolescentes, de modo que não há uma distinção clara: CAVALCANTE, João Paulo Braga; CAVALCANTE, Peregrina de Fátima Capelo. **Subcultura, juventude e autolesão: uma contribuição sociológica acerca do comportamento autodestrutivo**. In: ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE SOCIOLOGÍA. **Acta científica XXIX Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología**. Santiago: ALAS, 2013. Disponível em: <http://actacientifica.servicioit.cl/biblioteca/gt/GT26/GT26_BragaCavalcante_CapeloCavalcante.pdf>. Último acesso em 27 de dezembro de 2015, às 18h26.

apreensão psicológica do desenvolvimento individual, enquanto que a juventude se refere às manifestações culturais de uma coletividade analisada sociologicamente²⁵⁰.

No âmbito internacional, a Organização Mundial da Saúde fixou que a adolescência perdura entre os dez e dezenove anos de idade, enquanto que a Organização das Nações Unidas fixou que a juventude se daria entre os quinze e vinte e quatro anos de idade – o que não foi adotado pelo Brasil, mas as considerações para estas fases da vida feitas pela OMS se aplicam ao contexto nacional, com as devidas adaptações de faixa etária. A adolescência, em seu começo, é claramente associada com o começo da puberdade e o aparecimento de características sexuais secundárias, embora seu final não tenha um ponto preciso e varie largamente entre os contextos culturais. A juventude apresenta sinais de amadurecimento e, em especial na sua etapa final (dos vinte aos vinte e quatro anos, pelo critério da ONU), aponta para a maior capacidade de assumir compromissos e responsabilidades pessoais e profissionais²⁵¹. Apesar da falta de clareza, o que caracteriza mais claramente a adolescência e a diferencia conceitualmente da juventude (embora haja parcial sobreposição) é o maior apego com o dado biológico, o desenvolvimento individual, ao passo que a juventude representa a última etapa do amadurecimento cultural.

Importa assim delimitar que, na apreensão jurídica, quando se fala que a juventude, não se trata de pessoas em especial fase de desenvolvimento, pois está na fase final de independência em relação a sua família e não apresenta mais desenvolvimento corporal, e, portanto, não necessitam de proteção neste tocante.

²⁵⁰ “Juventude, mocidade, adolescência, puberdade, flor da idade, novo, nubilidade, muitos são os termos e conceitos utilizados para se caracterizar esse período da vida. É importante esclarecer que, no Brasil, há um uso concomitante de dois termos: adolescência e juventude. Suas semelhanças e diferenças nem sempre são esclarecidas e suas concepções ora se superpõem, ora constituem campos distintos, mas complementares, ora traduzem uma disputa por abordagens distintas.

O termo adolescência parece estar mais vinculado às teorias psicológicas, considerando o indivíduo como ser psíquico, pautado pela realidade que constrói e por sua experiência subjetiva. Ao passo que o termo juventude parece ser privilegiado no campo das teorias sociológicas e históricas, no qual a leitura do coletivo prevalece. Sendo assim, a juventude só poderia ser entendida na sua articulação com os processos sociais mais gerais e na sua inserção no conjunto das relações sociais produzidas ao longo da história.” (SILVA, Carla Regina; LOPES, Roseli Esquerdo. Adolescência e juventude: entre conceitos e políticas públicas. In: **Cadernos de Terapia Ocupacional da UFSCar**, São Carlos, v. 17, n. 2, jul./dez. 2009, p. 88.)

²⁵¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Young people's health: a challenge for society**. Geneva: WHO, 1986, p. 11-19. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/41720/1/WHO_TRS_731.pdf>. Último acesso em 28 de dezembro de 2015, às 00h18.

Evidentemente, está se falando do jovem adulto, ou seja, aquele que, por opção legal brasileira, é jovem, mas não adolescente (dezoito a vinte e nove anos).

Este jovem adulto tem suas especificidades e, segundo entendeu o legislador *latu sensu*, demanda algum nível de proteção jurídica. Não as mesmas da criança e do adolescente, apesar da redação atual do art. 227²⁵², mas algumas garantias especiais. A melhor leitura exsurge a partir do Estatuto da Juventude (EJUVE), não do texto constitucional alterado, que é mais voltado para crianças e adolescentes.

Primeiramente, cabe apontar que o Estatuto da Juventude, quanto à faixa etária de quinze a vinte e nove anos, confirmou opção legislativa anterior, o Programa Nacional de Inclusão de Jovens, o ProJovem (Lei n.º 11.692/2008), que previa a mesma faixa etária no seu art. 2º, “com o objetivo de promover sua reintegração ao processo educacional, sua qualificação profissional e seu desenvolvimento humano”. Tal não é a mesma opção feita pela Organização Ibero-americana da Juventude (OIJ), que em sua Convenção Ibero-americana dos Direitos dos Jovens (CIJ), editada em 2004, optou pela faixa entre quinze e vinte e quatro anos. Assevere-se, no entanto, que tal Convenção ainda não foi ratificada pelo Brasil, de modo que não há antinomia a ser resolvida²⁵³.

A Constituição prevê os seguintes direitos estendidos aos jovens pela EC n.º 65/2010, com prioridade absoluta: vida; alimentação; educação; lazer; profissionalização; cultura; dignidade; respeito; liberdade; convivência familiar e comunitária; proteção contra negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e proteção. O sentido do texto que assegurava alguns direitos comuns a todas as pessoas (como a vida e a dignidade) a crianças e adolescentes era a ideia de que estes grupos eram invisibilizados, daí a necessidade de alerta que eles têm os mesmos direitos de todos; é questionável a conveniência de se fazer tal destaque em relação aos jovens, numa sociedade em que se privilegia os valores da juventude e em que até mesmo a velhice é vivida com vistas à jovialidade²⁵⁴. Alguns direitos que

²⁵² Os princípios ali mencionados terão de ter uma leitura diversa para o jovem.

²⁵³ LÉPORE, P. E.; RAMIDOFF, M. L.; ROSSATO, L. A.. *Op. cit.*, p. 17-19

²⁵⁴ É justamente o que é feito com o discurso da terceira idade. “O gerontologista francês Huet propôs, para o último estágio da existência humana, a designação terceira idade, a qual ganhou aceitação geral. Trata-se, portanto, de uma categoria nova, cuja criação leva em consideração, pelo menos, três elementos: não se poder ver os velhos e os aposentados como setores desprivilegiados da sociedade; a forma como as aposentadorias são estruturadas hoje e o fato de a população de aposentados ser constituída por um contingente cada vez mais jovem; a ideia da expansão do capital até áreas ainda não mercantilizadas, como a natureza e o corpo. Em última instância, a terceira idade quer negar a

foram pensados especificamente para a criança e o adolescente (nomeadamente, a convivência familiar) demandarão uma reflexão mais aprofundada sobre como devem ser interpretados em relação ao jovem na alteração constitucional. Há outros direitos que até se aplicariam mais fortemente para os jovens (como a cultura e a profissionalização), mas é criticável, em uma sociedade que já se volta intensamente para a afirmação do jovem, que isso se dê com prioridade absoluta.

O Estatuto da Juventude traz alguns princípios, previstos nos incisos de seu art. 2º: promoção de autonomia e emancipação dos jovens; participação social e política dos jovens; promoção da criatividade e participação no desenvolvimento do país; reconhecimento do jovem como sujeito de direitos universais, geracionais e singulares; promoção do bem-estar, da experimentação e do desenvolvimento integral do jovem; respeito à identidade e à diversidade individual e coletiva; promoção da vida segura, da cultura da paz, da solidariedade e da não discriminação; valorização do diálogo e convívio do jovem com as demais gerações.

O contributo da principiologia trazida pela EC n.º 65/2010 e pelo EJUVE ao Direito das Famílias é discutível, servindo principalmente de alerta e de precursor no espaço das políticas públicas (com prioridade absoluta, numa escolha complicada, pois se sobrepõe aos idosos, grupo certamente mais vulnerável). Vislumbra-se que a tônica de promoção da autonomia e emancipação dos jovens poderia auxiliar a sustentar a obrigação alimentar até sua formação educacional. Neste ponto, o que cabe considerar é que a extensão da faixa etária dependente economicamente da família pode obrigar, por mais tempo, que os avós auxiliem no sustento dos netos se os pais destes não puderem fazê-lo completamente.

A valorização do diálogo e do convívio do jovem com outras gerações, como parte integrante do conteúdo do princípio da solidariedade em sua manifestação intergeracional, poderia ser uma diretriz proveitosa para o presente trabalho, mas no contexto de um Estatuto que praticamente só se preocupou em conferir direitos à juventude²⁵⁵ seria questionável a aplicação de referido princípio para criar deveres ao jovem.

velhice na sua complexidade, absorvendo, tão somente, os setores privilegiados da população envelhecida.” (RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 37-38.)

²⁵⁵ “[...]é possível notar que o EJUVE praticamente não arrola deveres aos jovens. Apenas o art. 34 do EJUVE traz o dever de o jovem defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras

Assim, se há uma vulnerabilidade da juventude, sua contribuição para o Direito das Famílias e, em especial, a relação avoenga não parece ser considerável.

3.4 VULNERABILIDADE, PRINCÍPIOS DO DIREITO DO IDOSO E A SITUAÇÃO DOS AVÓS

O envelhecimento cerca a existência de todos os seres. É um processo marcado pela passagem do tempo, um tempo que passa e desencadeia uma série de reações biológicas, do nascimento ao crescimento e, findo este, do decaimento à morte.

A velhice representa um fim, mas ao mesmo tempo representa uma conquista, pois se trata de um ser humano que passou por todos os eventos externos ameaçadores, demonstrando que aquela pessoa foi bem sucedida no seu meio. Gera imagens conflitantes: por um lado, é vista como o “inverno” da vida, a sua última etapa, o trecho descendente da parábola da vida de um indivíduo e, metaforicamente, de um povo, de uma raça, de uma cultura; por outro, é o mais vivido, que pôde ter um acúmulo de experiência e sabedoria.

Os seres humanos são os únicos seres vivos capazes de refletir acerca de sua temporalidade como dimensão fundamental de sua existência: “Assumindo seu passado e tendo um projeto para o futuro, o homem afirmaria sua presença”²⁵⁶. E os registros antropológicos e históricos, diz Nilson Silva, dão conta que as sociedades humanas adotam dois tipos de postura em relação aos indivíduos situados na velhice: “em algumas sociedades se valorizava o indivíduo idoso enquanto útil à perpetuação e à transmissão da memória da comunidade e do saber para as novas gerações, e, em outras, como um ser incapacitado para a produção, logo, inútil e oneroso à sociedade”²⁵⁷.

gerações, o que, na prática, não é inovador, pois o art. 225 da CF já estabelece esse dever a todas as pessoas.” (*Ibidem*, p. 25.)

²⁵⁶ NASSAR, Elody Boulhosa. **Previdência social na era do envelhecimento**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 27-28.

²⁵⁷ SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. **Direito do idoso**: tutela jurídica constitucional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 80.

A velhice goza de um estatuto próprio em cada sociedade e em cada tempo. Tem uma dimensão biológica e psicológica com notas mais ou menos comuns a todos os homens, é claro, mas o aspecto social não pode ser ignorado. Como adverte Simone de Beauvoir, “o homem não vive nunca em estado natural; na sua velhice, como em qualquer idade, seu estatuto lhe é imposto pela sociedade à qual pertence”²⁵⁸. A natureza apenas impõe a velhice, mas as condições do processo de envelhecimento são multifatoriais e únicos em cada sociedade humana.

A ONU, conforme mencionam diversos autores, atribuiu ao período entre 1975 e 2025 como a “era do envelhecimento”. Isso porque nesse período a população mundial passa por uma grande modificação na sua proporção etária: os indivíduos com mais de 60 anos estão crescendo em números absolutos e relativos em quase todos os países do mundo, tanto da mortalidade decrescente como da queda de fertilidade. Em 1990, as pessoas com mais de 60 anos representavam 9,2% da população global; em 2013, 11,7%, com a previsão de que chegarão a 21,1% em 2050; colocando em números absolutos, em 2013 os idosos correspondiam a 841 milhões de pessoas e espera-se que em 2050 serão mais de 2 bilhões. Em 2047 haverá mais idosos do que crianças²⁵⁹. Uma verdadeira “revolução grisalha”, segundo expressão corrente para caracterizar o envelhecimento populacional.

Atualmente, 2/3 dos idosos se concentram nos países em desenvolvimento e a tendência é que a concentração aumente, devido ao maior crescimento da população idosa nas regiões menos desenvolvidas. Em 2050, espera-se aproximadamente 80% dos idosos em regiões menos desenvolvidas. Ainda, as projeções apontam que a própria população idosa está envelhecendo, pois 14% dos idosos têm mais de 80 anos e espera-se que chegue a 19% em 2050. A população idosa é predominantemente feminina: em 2013 havia 85 homens para cada 100 mulheres idosas (61 para 100 no grupo dos acima dos 80 anos), esperando-se que cresça essa diferença.

²⁵⁸ BEAUVOIR, Simone de. **A velhice**. (Traduzido por Maria Helena Franco Monteiro.) Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990, p. 15.

²⁵⁹ DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS – POPULATION DIVISION. **World population ageing 2013**. New York: United Nations, 2013, p. XII. Disponível em: <<http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/ageing/WorldPopulationAgeing2013.pdf>>. Último acesso em 25 de janeiro de 2015, às 17:34.

No Brasil, as perspectivas são semelhantes. Se a população brasileira passou de 70 milhões para 190,7 milhões entre 1960 e 2010, os idosos passaram de 3,3 milhões (4,7%) a 14,5 milhões (8,5%), segundo o IBGE²⁶⁰. As causas apontadas não destoam do explicado pela ONU: queda na fertilidade e maior longevidade.

Este quadro aponta que o número de idosos vem crescendo. Mas esses idosos são os mesmos velhos de quem se falava anteriormente? Cumpre esclarecer que a noção de velhice tem várias acepções, vários critérios de definição. E isso decorre até de sua natureza, que não é a de puro fato biológico, mas também de fato social.

O critério cronológico, construído a partir do modo ocidental de divisão do tempo, é o mais utilizado pelos legisladores, que fixa um momento a partir do qual o sujeito entra nesse *status*²⁶¹. Até para se afastar da carga preconceituosa que recai sobre a expressão “velho”²⁶², procurou dar novo nome, “idoso”. O critério para dizer quem é o idoso é objetivo, facilitador para a edição de leis e políticas públicas destinadas à generalidade das pessoas, bem como para a verificação estatística do alcance dessas políticas e leis. Por outro lado, desconsidera especificidades dos sujeitos concretos. “No Brasil e no mundo, o critério etário é o mais utilizado, embora não atenda à complexidade constituinte desse processo”²⁶³.

Há também uma velhice psicológica ou subjetiva. É complexa por sua falta de parâmetros objetivos, refere-se à autoimagem dos sujeitos. A idade psicológica envolve alterações de comportamento que associam tanto as mudanças físicas como as expectativas sociais que incidem sobre o sujeito e os componentes da própria personalidade. É, portanto, algo individualizado, complexo e de difícil determinação. Centra-se no “sentimento da velhice”, no “estado de espírito”²⁶⁴. Embora sua utilização seja difícil, a perspectiva de que o envelhecimento é um processo diverso para cada

²⁶⁰ Conforme noticiado pelo site G1: **Em 50 anos, percentual de idosos mais que dobra no Brasil**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/em-50-anos-percentual-de-idosos-mais-que-dobra-no-brasil.html>>.

²⁶¹ NASSAR, E. B.. *Op. cit.*, p. 55.

²⁶² QUEIROZ, Clodoaldo de Oliveira. Os direitos fundamentais do idoso. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org.). **Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos: Grupos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2011, p. 820. (Originalmente publicado em: **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 25, p. 89-122, jan./mar. 2006.)

²⁶³ NASSAR, E. B.. *Op. cit.*, 62.

²⁶⁴ QUEIROZ, C. de O.. *Op. cit.*, p. 67-69.

indivíduo²⁶⁵ auxilia a perceber que soluções homogêneas podem ser muito inadequadas em várias situações.

Pode-se mencionar a velhice biológica. Mas esta deve servir mais de alerta do que propriamente de critério definidor. É vero dizer que há uma etapa em que o corpo se fragiliza, mas não é possível precisar critérios uniformes para todos os indivíduos de quando esta velhice atinge a compleição²⁶⁶. No entanto, o estigma da velhice vem frequentemente associado à decadência física²⁶⁷, mantendo-se uma relação de dominação a partir de um discurso de naturalização²⁶⁸ do desprezo à velhice.

Menciona-se também a existência de uma velhice econômico-financeira, que se dá quando o trabalhador passa para a condição de inativo. O critério de identidade desta velhice é o afastamento do mercado de trabalho²⁶⁹. Essa distinção já se

²⁶⁵ “Cada existência humana é única, cada homem envelhece de maneira particular. Uns saudáveis, outros não. Não há velhice e sim velhices. O envelhecimento deve ser considerado um processo tipicamente individual, existencial e subjetivo, cujas consequências ocorrem de forma diversa em cada sujeito. Cada indivíduo tem um tempo próprio para se sentir velho.” (BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de Direito do Idoso**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 3)

²⁶⁶ “A partir do ponto de vista biológico, não foi demonstrada com precisão a linha divisória entre desenvolvimento e envelhecimento. Biologicamente, ambos são processos contínuos, umas vezes sequenciais e outras coincidentes no tempo, dependendo dos tecidos, órgãos e células do ser vivo que são observados. Existem, portanto, dois fenômenos que não têm razões para coincidir: declínio fisiológico e frequência de doenças. Apesar de ambos os processos se influenciarem, o declínio fisiológico não é acompanhado forçosamente por doenças, pelo que se poderá falar de um envelhecimento fisiológico sem enfermidades.

Em qualquer caso, torna-se evidente que a velhice humana gera uma redução da capacidade funcional devido ao curso do tempo, tal como em todos os organismos vivos, mas essas limitações não impedem o desenvolvimento de uma vida plena.” (OSORIO, Agustín Requejo. Os idosos na sociedade actual. In: _____; PINTO, Fernando Cabral (coord.). **As pessoas idosas: contexto social e intervenção educativa** (Traduzido por Susana Silva e Rui Martins). Lisboa: Piaget, 2007, p. 12.)

²⁶⁷ “Essa enumeração desolada [feita por um filósofo egípcio de 2500 a. C.] das deficiências da velhice será encontrada em todas as épocas, e é importante sublinhar a permanência desse tema.” (BEAUVOIR, S. de. *Op. cit.*, p. 114.)

²⁶⁸ Assim Pierre Bourdieu explica a aceitação de relações de dominação como naturais: “De fato, jamais deixei de me espantar diante do que poderíamos chamar de o *paradoxo da dóxa*: o fato de que a ordem do mundo, tal como está, com seus sentidos únicos e seus sentidos proibidos, em sentido próprio ou figurado, suas obrigações e suas sanções, seja *grosso modo* respeitada, que não haja um maior número de transgressões ou subversões, delitos e “loucuras” (basta pensar na extraordinária coordenação de milhares de disposições — ou de vontades — que cinco minutos de circulação automobilística na Praça da Bastilha ou da Concorde requerem); ou, o que é ainda mais surpreendente, que a ordem estabelecida, com suas relações de dominação, seus direitos e suas imunidades, seus privilégios e suas injustiças, salvo uns poucos acidentes históricos, perpetue-se apesar de tudo tão facilmente, e que condições de existência das mais intoleráveis possam permanentemente ser vistas como aceitáveis ou até mesmo como naturais.” (BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 11. ed. (Traduzido por Maria Helena Kühner.) Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 7)

²⁶⁹ “No entanto, numa altura em que o trabalho se tornou uma fonte primordial de identidade, valorização social e participação econômica, enquanto factores essenciais de integração social, o momento da reforma tem conotações sociais e pessoas divergentes.” (OSORIO, A. R.. *Op. cit.*, p. 17.)

demonstrou, historicamente, um fundamento de preconceito classista: o inativo pobre é senil, velho; à pessoa de idade mais alta que tivesse outras fontes de renda, que pertencesse à classe alta, não era atribuída essa pecha. Velho era quem não podia se sustentar, quem não tinha posse, quem era indigente ou pesava sobre sua família; aqueles com dinheiro eram respeitados, patriarcas com experiência preciosa²⁷⁰. Com os sistemas de Previdência Social, a aposentadoria passou a ser o signo da velhice, que é o tempo de não-trabalho²⁷¹.

A sociedade também gera normas, crenças, estereótipos e expectativas sobre as diversas fases da vida, baseadas em critérios etários. Há uma espécie de relógio social que define o momento da “velhice”, uma velhice social, que é construída a partir dos critérios mencionados e, possivelmente, diversos outros.

E dentre as tentativas de mudança no âmbito dessa velhice social, vê-se a proposta de um envelhecimento ativo, representada de forma especial pela expressão “terceira idade”, problemática por não valorizar a pessoa idosa enquanto tal, mas somente à medida que puder incorporar os valores da juventude, sendo aquele incapaz de tal feito visto de forma negativa²⁷².

²⁷⁰ Sobre as mudanças sociais passadas nos 1800, que levaram a algum grau de valorização da velhice nos estratos mais abastados, ao passo que os velhos pobres eram fortemente discriminados, escreveu Beauvoir: “Pelo fato de se trazer à luz, no século XIX, pelo menos numa certa medida, o destino dos velhos explorados, o contraste desse destino com a condição dos velhos privilegiados é mais flagrante do que em qualquer outra época. Antigos operários reduzidos à indigência e à vagabundagem, velhos camponeses tratados como bichos, os velhos pobres situam-se no mais baixo nível da escala social. São os velhos das classes superiores que ocupam o cume. A oposição é tão flagrante que se poderia quase pensar que se tratava de duas espécies diferentes. As mudanças econômicas e sociais, tão nefastas para uns, favoreceram, ao contrário, os outros.” (BEAUVOIR, S. de. *Op. cit.*, p. 242.)

²⁷¹ “Assim, enquanto nas culturas tradicionais a gestão da velhice se relaciona directamente com o grupo que a toma a cargo (a família ou o meio local), implicando negociações pessoa a pessoa, na modernidade, os sistemas de reforma fazem emergir uma nova forma de gestão da velhice caracterizada por uma mediação anónima que age entre as gerações, como uma instância que se interpõe, ou melhor, que se impõe segundo uma lógica e meios próprios. Consubstancia-se num sistema de instituições e de agentes, cuja função específica é o tratamento da velhice.

A partir daqui, os ‘velhos’ passam a ser objecto de prestação de cuidados e, representados como categoria social, são autonomizados como classe de idade. Esta autonomização através dos sistemas de reformas, vai traduzir profundas transformações no seu discurso. Os filhos que sucediam aos pais, no seio do meio rural ou de pequenas empresas, tomando-os a cargo e assegurando-lhes uma velhice em família, começam a separar-se dessa função, após a instauração dos primeiros sistemas de reforma obrigatórios.” (SANTOS, Figueiredo; ENCARNÇÃO, Fernando. **Modernidade e gestão da velhice**. Faro: Centro Regional de Segurança Social do Algarve, 1997, p. 69-70.)

²⁷² E nesse contexto também se fala em “reprivatização da velhice”, expressão cunhada por Grita Grin Debert, que por ela afirma que se imputa ao indivíduo todos os ônus por não obter um envelhecimento saudável: “É preciso reconhecer, no entanto, que se a responsabilidade individual pela escolha é igualmente distribuída, os meios para agir de acordo com essa responsabilidade não o são. A reprivatização da velhice transforma o direito de escolha num dever de todos, em uma realidade inescapável a que estamos todos condenados.” (DEBERT, Grita Grin. Velhice e o curso da vida pós-moderno. In: **Revista USP**, São Paulo, n. 49, p. 70-81, jun./ago. 1999, p. 81. Disponível em:

Perceber que a velhice é um fenômeno complexo, apreensível de várias perspectivas, permite com que se perceba que a vulnerabilidade não seja aferida tão somente pelo critério etário, de modo que, nas relações avoengas, se possa verificar vulnerações concretas ainda que o avô não seja, nos termos da Lei, idoso.

Para além dos critérios de aferição da velhice, cabe trazer, a esta temática, a diferenciação entre idade cronológica e idade geracional. Isso porque a presente análise contém dois enfoques de análise parcialmente contraditórios entre si. A idade cronológica envolve um sistema de datação, distante e isolado do contexto familiar, que trata o indivíduo atomisticamente, para fins de verificação e imputação pelo Estado de direitos e de deveres aos sujeitos. As gerações, por outro lado, independem da verificação do nascimento no tempo, sendo averiguadas dentro do contexto familiar, relacionando os papéis culturalmente atribuídos pelo *status* do parentesco. Neste sentido, afirma Grita Grin Debert:

Fortes enfatiza a diferença entre idade cronológica e o princípio geracional como elementos da estrutura social e valores culturais. Enquanto as gerações são geradas na família, as idades são institucionalizadas política e juridicamente. A organização geracional subsume a ostensiva descontinuidade entre gerações sucessivas num quadro de continuidade geral. A idade, em contraste, opera atomisticamente, com o indivíduo formalmente isolado como unidade de referência, e deixa a questão da continuidade e descontinuidade para a ordem institucional não familiar.²⁷³

Assim, relacionar a relação avoenga com a idade avançada como peças perfeita e necessariamente encaixadas não é correto. A idade cronológica e a geracional são relativamente independentes, pois não há uniformidade nas idades em que as pessoas tomam decisões a respeito do planejamento familiar: não há um momento específico para sair da casa dos pais, para se casar (ou se ajuntar em união estável) e para ter filhos. Numa mesma geração pode haver grandes variações de idade, assim como gerações diversas podem apresentar a mesma idade²⁷⁴. Não é

<<http://www.usp.br/revistausp/42/06-guitagrin.pdf>>. Último acesso em 30 de dezembro de 2015, às 12h30.)

²⁷³ DEBERT, Grita Grin. **A reinvenção da velhice**: socialização e processos de reprivatização do envelhecimento. São Paulo: USP, 1999, p. 49.

²⁷⁴ DEBERT, G. G.. *Op. cit.*, p. 54-55.

raro se ver tios e sobrinhos na infância, brincando em reuniões de família, ou deparar-se com primos de idades tão diversas.

Nesse contexto, associar a figura dos avós à dos idosos de forma inevitável não é de todo correto. Pais e mães podem ser quase idosos quando do nascimento dos filhos, de modo que, até que a prole chegue à fase adulta, o casal parental conte com mais de 60 anos. Do mesmo modo, se houver duas gerações consecutivas que atingiram a maternidade/paternidade em idade relativamente precoce, os avós podem contar com uma idade inferior aos 60 anos quando do nascimento dos netos.

No entanto, é certo que os avós chegarão a ter mais de sessenta anos em algum momento e, com muito mais frequência que os pais, farão isso antes que os netos atinjam a maioridade (embora possa se verificar casos em que isso não ocorra). E, ainda que em certos casos não se possa falar que os avós sejam idosos do ponto de vista cronológico e legal, a idade não deixa de ser fator de vulnerabilidade concreta:

Envelhecimento e gerontologia proveem outra perspectiva para o estudo da avosidade. Mesmo que muitos avós não sejam “idosos” no sentido convencional, eles podem experimentar estereótipos negativos do envelhecimento. Uma significativa proporção de avós irá mesmo estar em idade mais avançada ou sofrer de enfermidades particulares como demência senil.²⁷⁵

Assim, como já se sugeriu em outra ocasião, é importante que não se trate de forma rígida a conceituação legal do idoso, podendo-se flexibilizá-la quando houver vulneração do sujeito em razão da idade avançada²⁷⁶.

²⁷⁵ Tradução livre. No original: “Aging and gerontology provide another perspective for studying grandparenthood. Even though many grandparents are not ‘aged’ in the conventional sense, they may experience negative stereotypes of aging. A significant proportion of grandparents will indeed be in their later years of suffer from particular infirmities of age such as senile dementia.” (SMITH, Peter K.; DREW, Linda M.. Grandparenthood. In: BORNSTEIN, Marc H. (org.). **Handbook of parenting: being and becoming a parent**. 2. ed. London: Lawrence Erlbaum Associates, v. 3, 2002, p. 146.)

²⁷⁶ “Como a presente abordagem se volta a uma análise do ponto de vista jurídico, visando atuar dentro dos limites e possibilidades do ordenamento jurídico brasileiro – não se trata, portanto, de uma proposta revolucionária, de ruptura –, aventou-se a possibilidade de que essa concepção de Direitos Humanos embasasse uma atuação constitutiva prospectiva, de releitura e reconstrução dos significados atribuídos aos significantes jurídicos. E, nessa senda, uma alteração possível é a leitura do significante “idoso”.

Ora, bastante se aventa que a substituição do termo ‘velho’ pela expressão ‘idoso’ se daria em razão da necessidade de superação da carga preconceituosa. Se assim é, é imperioso submeter o significado atribuído ao vocábulo pela legislação específica (maior de 60 anos) à contraprova da realidade e verificar se sua finalidade está sendo atendida.

Ora, parece evidente que o critério cronológico, se facilitador de alguns direitos (como o transporte público gratuito e a meia-entrada em espetáculos) é insuficiente para diversas situações. Podemos

Para encerrar a temática dos critérios da velhice, é possível verificar que a percepção do sujeito da velhice é muito mais complexa do que a simples inclusão no conceito legal – normalmente adotando um critério cronológico. Ademais, pode-se verificar que o ato de afastar a designação “velho” para colocar a expressão “idoso” ou trocar “velhice” por “terceira idade”, em nome de uma desejável eliminação da carga de preconceito, não é suficiente. O fenômeno do envelhecimento é muito mais complexo, havendo que se ter em conta todas essas variáveis.

O certo é que a velhice traz consigo uma vulnerabilidade. Conquanto haja necessidade de se dissociar os processos primário e secundário de envelhecimento, também denominados respectivamente de senescência do de senilidade²⁷⁷, é igualmente imperioso reconhecer que há pelo menos três ordens de vulnerabilidade que decorrem do avançar da idade: a vulnerabilidade decorrente da própria compleição do sujeito; a vulnerabilidade decorrente do declínio das faculdades mentais; a vulnerabilidade decorrente do estigma e da negação social da velhice.

Há uma carga de preconceito em relação à velhice que a associa com a decadência. É possível perceber um movimento na sociedade no sentido de negá-la, até (e em especial) pelos que integram o grupo vulnerável. Algumas vezes os idosos negam sua velhice de forma inconsciente²⁷⁸, muitas vezes preferem afastar as designações dela decorrentes a fim de afastar a pecha negativa que é imposta

citar, como exemplo, a discriminação que pessoas quadragenárias sofrem na seara trabalhista, com dificuldade de acesso ao emprego. Nesse contexto, podem ser tidas como ‘idasas’, uma vez que o preconceito, a pecha de ‘velho’, já recai sobre esses sujeitos, tolhendo-lhes o Direito ao Trabalho”. (GOULART FILHO, Antonio Cezar Quevedo. **Apontamentos críticos às violações de Direitos Humanos dos idosos**. No prelo (a ser publicado nas Publicações do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, “Direito e política: da vulnerabilidade à sustentabilidade”, apresentado no GT “Direito Internacional dos Direitos Humanos”).)

²⁷⁷ “A senescência é a decorrência natural, fisiológica do passar dos anos. Senilidade é o efeito produzido pelas doenças, maus cuidados, vida desregrada e falta de administração da vida.” (TERRA, Newton Luiz *et alli*. **Geriatría moderna para leigos**. Porto Alegre: Leitura XXI, 2007, p. 19.). Asseverase que a senescência não é patológica; ao contrário, é inevitável. É um processo natural, sobre o qual não há consenso, de modo que advieram diversas teorias para explicá-lo. Uma dela é a teoria dos radicais livres, em que se supõe que “moléculas destrutivas denominadas radicais livres poderiam contribuir para o envelhecimento. Essas moléculas de oxigênio podem danificar quase todos os principais componentes das células como o DNA, as proteínas, enzimas e as moléculas de gorduras que constituem as membranas das células.” (*Ibidem*, p. 21.).

²⁷⁸ “Por onipotência tendem-se a negar o que nos incomoda. Nem sempre os integrantes de um grupo têm consciência que formam um segmento, preferindo considerar-se à margem de rótulos, sem assumir a dicotomia: *nós X eles*.” (SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 146.)

socialmente a esta categoria²⁷⁹. Há um preconceito social contra o idoso, denominado *ageism*²⁸⁰, doravante livremente traduzido para idosismo.

Do ponto de vista das capacidades mentais, há que se asseverar que os dados que se apresentam em pesquisas científicas apontam para um declínio da inteligência e de aprender coisas novas com o avançar da idade. No entanto, há que se ter muito cuidado na análise destes dados. Isso porque, de modo geral, os estudos da mudança cognitiva são feitos quase sempre de forma transversal, ou seja, analisa-se pessoas de diversas idades ao mesmo tempo, e muito raramente de forma longitudinal, comparando as mesmas pessoas ao longo do tempo. Há grande possibilidade de distorção, pois nos estudos transversais se tratam de gerações diferentes, com contextos históricos e acessos a sistemas de educação diversos. Mesmo os estudos longitudinais apresentam problemas, pois normalmente as pessoas que se comprometem de forma adequada já são as que se apresentavam, no começo, com melhor desempenho por serem mais saudáveis e motivadas. Assim, os dados devem ser cuidadosamente interpretados. Ademais, percebe-se, em pesquisas, que os idosos apresentam mais dificuldade com raciocínios abstratos, mas não apresentam tanta dificuldade para as tarefas cotidianas, o que pode evidenciar

²⁷⁹ Ver a seguinte análise do discurso realizado com um grupo de idosos: “Notamos que o idoso, se por um lado, nega-se ser velho, **a velhice não existe pra mim**, por outro, não nega os sentidos dominantes de velhice, ao contrário, os sustenta, pois se diz jovem porque **gosta** de coisas que são tidas como sendo especificamente de jovens. O efeito ideológico imaginário ali atua, gostar de **brincar, viajar, tudo**, não se enquadra no que se espera de uma pessoa **velha** e isso é reproduzido no discurso do idoso. Por conseqüência ela se diz **não-velha**. O efeito do interdiscurso enquanto pré-construído pressiona de maneira decisiva, pois todos ‘sabem’ o que é e como é ser jovem e o que caracteriza o velho em nossa sociedade. O discurso expressa as contradições subjacentes ao jogo de imagens, pois esse idoso não se enquadra em tal perfil, não se ajusta à imagem sedimentada de velhice.[...] Nessa seqüência, percebemos que ser velho é ser maltratado **me chamou de velho me maltrata**. Assim, o idoso nega para não ser marginalizado ou excluído, e procura ressignificar seu estatuto, buscando um lugar nas categorias de idade que retratem o ciclo da vida. Nessa busca, vislumbra um lugar onde possa se identificar, para fugir do enquadramento de ser ‘velho’, então diz: **eu sou adolescente... da meia idade**. Com este último trecho, percebe-se o aprisionamento do idoso ao sentido dominante de velhice. Assim, os sentidos o prendem novamente na condição de ser humano de ‘meia idade’, remetendo-o ao ‘maltrato’ e a exclusão social.” (SOBRINHO, Helson Flávio da Silva. A negação da velhice: uma discursividade ancorada na memória. In: **Estudos linguísticos**, n. 34, 2005, p. 243-245. Disponível em: <<http://www.gel.org.br/estudoslinguisticos/edicoesanteriores/4publica-estudos-2005/4publica-estudos-2005-pdfs/a-negacao-da-velhice-874.pdf?SQMSESSID=a38ffc79c82bcbe561e1c641326fd16c>>. Último acesso em 30 de dezembro de 2015, às 13h35.)

²⁸⁰ Definido como “tratamento injusto de pessoas idosas” ou como “preconceito ou discriminação contra um grupo etário em particular e especialmente os idosos”. (Tradução livre. No original: “unfair treatment of old people” e “prejudice or discrimination against a particular age-group and especially the elderly”. Ver: MERRIAM WEBSTER. **Ageism**. Disponível em: <<http://www.merriam-webster.com/dictionary/ageism>>. Último acesso em 03 de fevereiro de 2016, às 03h47.)

que os testes aplicados lhes são desinteressantes e, assim, isso poderia justificar o pior desempenho das idades avançadas.²⁸¹

Atribui-se aos idosos, correntemente, mudanças de personalidade e de opiniões, com dificuldade de adaptação e conservadorismo. Ocorre que as mudanças de opinião não são uma tendência necessariamente verdadeira, uma vez que as pesquisas nesta área são, de regra, transversais: assim, é possível perceber que há diferentes opiniões na média das faixas etárias, o que demonstra pessoas que cresceram em ambientes históricos diferentes e não tanto uma tendência da velhice ao conservantismo. A mudança de personalidade, igualmente, não é uma tendência da idade por si só e normalmente está associada a patologias físicas ou ligadas à senilidade. Mesmo o desligamento, social ou psicológico (respectivamente, desligamento em relação ao meio em que vive ou desligamento emocional dos acontecimentos externos), encontrado em alguns idosos, está ligado a problemas de saúde, como a deterioração física, doenças, dificuldades de comunicação e esquecimento; para evitá-lo, recomenda-se que o idoso esteja mais envolvido em interações sociais²⁸². Nesse contexto é possível perceber o quanto os vínculos familiares podem se revelar importantes para a manutenção da saúde psíquica do idoso²⁸³.

Por fim, há que se ter em conta que o envelhecimento provoca declínio das funções corporais. Assim, ele gera maior predisposição à doença, o que não significa que ser velho é ser doente²⁸⁴. O envelhecimento acarreta dificuldades, mas a decadência pode ser combatida – apenas é enfrentada com mais dificuldade pelo idoso do que pelo jovem.

²⁸¹ Ver: BERRYMAN, J. C. *et alli*. *Op. cit.*, p. 290-295.

²⁸² *Ibidem*, p. 295-299.

²⁸³ “A ideia de que a velhice é dominada pela doença nem sempre se mostra como realidade, pois, mesmo existindo perdas, tanto no nível biológico como econômico, social e psicológico, a manutenção das atividades e do engajamento social e familiar favorece o envelhecimento saudável.” (CIOSAK, Sueli Itsuko *et alli*. Senescência e senilidade: novo paradigma na atenção básica de saúde. In: **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, São Paulo, v. 45, n. especial 2, 2011, p. 1765.)

²⁸⁴ “O envelhecimento e a doença não podem ser tratados como fatores intimamente dependentes ou interligados, porém existe maior vulnerabilidade a adoecer, ou seja, uma predisposição à doença. A saúde e a qualidade de vida dos idosos, mais que em outros grupos etários, sofrem influência de múltiplos fatores: físicos, psicológicos, sociais e culturais, de tal forma que avaliar e promover a saúde do idoso significa considerar variáveis de distintos campos do saber, numa atuação interdisciplinar e multidimensional.” (CIOSAK, S. I. *et alli*. *Op. cit.*, p. 1764.)

Daí que o idoso é dotado de vulnerabilidade. Mesmo quando é saudável, o é com mais esforço e dificuldade do que o adulto jovem. Ao contrário da criança e do adolescente, não é o idoso vulnerável por estar em fase de desenvolvimento, mas porque sofre e/ou luta contra o declínio de suas capacidades físicas e mentais.

Ademais, ainda que consiga se manter na plenitude de seu condicionamento físico e mental, a pessoa de idade avançada dificilmente se livrará da carga de preconceito decorrente do idosismo. Portanto, essa ordem de ideias justifica uma atuação protetiva em face do idoso, muito mais do que justifica em relação ao jovem²⁸⁵.

Denota-se que a Constituição da República cuidou de recriminar o preconceito etário. É objetivo da República eliminá-lo (art. 3º, inciso IV) e é mencionada sua vedação nas relações trabalhistas (art. 7º, inciso XXXI).

A Constituição de 1988 também teve a preocupação de tratar expressamente do idoso no mesmo capítulo em que falou da família, da criança e do adolescente e em que, posteriormente, veio a ser incluído o jovem. Primeiramente, vê-se a mensagem de uma solidariedade bigeracional e bidirecional no art. 229, em que fala do cuidado dos pais aos filhos, enquanto pequenos, e destes em relação àqueles, quando ficarem mais velhos.

Trouxe-se, anteriormente, que a solidariedade familiar não deve ser apenas entre pais e filhos, visando destacar que a solidariedade deve ter uma aceitação geracional, comunicando as diversas gerações em sentido ascendente e descendente.

No art. 230 tem-se uma confirmação desta assertiva, pois a família, a sociedade e o Estado estão obrigados para com os idosos. O rol de direitos fundamentais elencados no artigo é mais modesto do que o do art. 227, mas ainda assim há expressa menção do respeito à vida e à dignidade, além da necessidade de amparo e participação comunitária.

O constituinte quis fazer um alerta, ao destacar os direitos à vida e à dignidade, embora as pessoas em geral já tenham com tais direitos: idoso não passa

²⁸⁵ Neste ponto reside a reserva manifestada contra o constituinte derivado, que atribuiu prioridade absoluta à tutela de direitos do jovem, mas não o fez em relação ao idoso. A escolha feita pelo constituinte originário, que optou pela criança e pelo adolescente em detrimento ao idoso era legítima, pois ambos são dotados de vulnerabilidade profunda, sendo possível que se dê preferência a uma categoria. Não parece ser possível afirmar o mesmo em relação ao jovem.

a ser menos pessoa porque está na derradeira fase da vida. O valor da dignidade humana não permite que se menospreze sua condição de pessoa. Por outro lado, a feição normativa da dignidade faz com que se considere sua vulnerabilidade concreta, a fim de que se faça presente especial proteção jurídica.

A participação comunitária não deve ter uma aceitação restritiva. A exemplo da convivência familiar e comunitária prevista para criança e adolescente (e mais jovens, embora não faça sentido uma previsão constitucional para uma pessoa que já tem capacidade de autodeterminação e não está obrigada a se manter na família de origem), o idoso também deve ter reconhecido seu direito à convivência familiar, estando a família obrigada não apenas ao sustento material, mas ao afetivo. Se isso não tivesse sido reputado importante pelo constituinte, ele não preveria que o idoso tem o direito de ser atendido preferencialmente em casa nos programas de amparo: a convivência cotidiana com a família é algo a ser valorizado.

Uma nota das previsões constitucionais para o idoso é de que não há definição de que seja este idoso²⁸⁶. Apenas na legislação infraconstitucional é que o critério cronológico foi adotado expressamente: a Política Nacional do Idoso (Lei n.º 8.842/1994) e o Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/2003) consideram como idoso a pessoa a partir do sessenta anos de idade. Tal orientação é a mesma sugerida pela ONU para países em desenvolvimento.

A ONU ainda editou, em 1991, uma carta de dezoito princípios em favor dos idosos, agrupados em cinco temas: independência, participação, assistência, realização pessoal e dignidade²⁸⁷. Ressalta-se que a valorização dos idosos, de acordo com tais princípios, deve se dar independentemente da sua capacidade de contribuição econômica (princípio n. 18) e que suas experiências e seu contato com as gerações mais jovens devem ser valorizados (princípio n. 7). Ademais, os princípios

²⁸⁶ “Até janeiro de 1994, nem a Constituição Federal, tampouco qualquer outro texto legal apresentava a definição de pessoa idosa. Na ausência da imposição legal, muito se discutia sobre a conceituação de idoso.

Alguns autores pretendiam estipular o conceito biológico, estabelecendo um critério único com base na idade do cidadão. Para outros, contudo, a qualidade de idoso deveria ser analisada caso a caso, dependendo das condições biopsicológicas de cada ser humano.

A discussão se encerrou com a promulgação da Lei 8.842/94, que instituiu a Política Nacional do Idoso, e passou a considerar a pessoa com idade superior a sessenta anos.” (CABRERA, C. C.; WAGNER JÚNIOR, L. G. da C.; FREITAS JÚNIOR, R. M. de. *Op. cit.*, p. 100.)

²⁸⁷ Resolução 46/91, aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas em 16/12/1991.

se direcionam à proteção do idoso contra a violência, o abandono e a opressão (princípio n. 17).

Em 2003, após sete anos de tramitação, foi aprovado o Estatuto do Idoso, compilando diversas disposições e políticas já aprovadas em uma lei. Ofereceu uma visão integrada, considerando o duplo aspecto da igualdade e da diferenciação. O Estatuto contou com cento e dezoito artigos, versando sobre diversos temas caros aos direitos fundamentais dos idosos, com uma estrutura e uma redação que em alguns momentos lembram a do Estatuto da Criança e do Adolescente. Inclusive, o art. 3º do referido Estatuto parece ter repetido o art. 227 da Constituição, mas aplicando em relação aos idosos.

Já se mencionou o princípio da prioridade absoluta quando foi abordado o tratamento jurídico de crianças e adolescentes. Referido princípio também é expresso em relação aos idosos. Ocorre, no entanto, que não o é em texto constitucional, mas tão somente no Estatuto do Idoso (art. 3º). Assim, não se pode equiparar o princípio da prioridade absoluta do idoso ao seu homônimo previsto para crianças e adolescentes:

Assim, se o administrador precisar decidir entre a construção de uma creche e de um abrigo para idosos, pois ambos são necessários, obrigatoriamente terá de optar pela primeira. Isso porque o princípio da prioridade para os idosos é infraconstitucional, estabelecido no art. 3º da Lei n. 10.741/2003, enquanto a prioridade em favor de crianças é constitucionalmente assegurada, integrante da doutrina da proteção integral.²⁸⁸

Ora, não parece adequado dar a mesma dignidade a uma opção feita pelo legislador ordinário a uma feita pelo constituinte. Conquanto se tenha apresentado ressalvas quanto à aplicação do princípio da prioridade absoluta ao jovem, ao menos lá cuidou o legislador *lato sensu* de fazer a reforma pela via adequada, a Emenda Constitucional, para albergar esta categoria no texto do art. 227, em que se situa a previsão de referido princípio. Quisesse dar o legislador a mesma dignidade ao tratamento do idoso em relação ao que fez a crianças e adolescentes, deveria tê-lo feito mediante Emenda.

²⁸⁸ AMIN, A. R. Princípios orientadores..., p. 60-61.

Assim, a conclusão adequada, salvo melhor juízo, é a de que o princípio da prioridade absoluta ao idoso não faz com que seus interesses sejam os prioritariamente tutelados em todo o ordenamento jurídico, porque, por opção do constituinte, têm primazia *prima facie*²⁸⁹ os interesses da criança, do adolescente (e, por Emenda Constitucional já analisada, do jovem), enquanto grupos vulneráveis. Afora estes, os interesses do idoso, por opção do legislador ordinário, terão primazia *prima facie* sobre os interesses de outros grupos, ainda que legítimos.

A previsão do Direito à vida e à saúde pressupõe políticas públicas, mas, assim como se destacou em relação a crianças e adolescentes, não se pode ignorar que a convivência familiar e comunitária também integra e é imprescindível para a manutenção de uma adequada integridade psicofísica. É tão imperioso que o Estatuto cuido de advertir ao Estado-juiz que deveria sempre observar os vínculos familiares do idoso em qualquer decisão tomada a respeito de seu atendimento (art. 3º, inciso V).

O Estatuto ainda menciona um direito ao envelhecimento, em seu art. 8º. Trata-se de importante lembrete de que o envelhecimento não é apenas responsabilidade individual, tal como sugere a sociedade hodierna ao visar privatizar a velhice, mas é também devido pela coletividade respeito aos ritmos individuais. Envelhecer passa a ser encarado como um direito da personalidade²⁹⁰. O significativo escolhido poderia gerar dúvidas e a interpretação, conforme Heloísa Helena Barboza, deveria ser feita a partir do critério cronológico eleito pelo Estatuto do Idoso: está em fase de envelhecimento qualquer um que atinja os sessenta anos de idade²⁹¹. Como

²⁸⁹ Virgílio Afonso da Silva, ao traçar as diferenças entre princípios e regras para a teoria dos princípios, indica que um dos pontos de *discrimen* seria justamente na estrutura dos direitos garantidos ou deveres impostos: “se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto. [...] No caso dos *princípios* não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial. Isso, porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente.” (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45.). É justamente nesse sentido que a prioridade absoluta se coloca como princípio: é a previsão *prima facie* de que seus interesses legítimos prevaleçam sobre os demais interesses legítimos. As peculiaridades de um determinado conflito podem exigir que assim não se dê, em especial quando houver um sacrifício desproporcional de outro polo para um pequeno proveito à criança ou ao adolescente.

²⁹⁰ “...o legislador acaba de inserir no direito positivo, como direito da personalidade, o direito de envelhecer com dignidade, considerando sua proteção um direito social.” (QUEIROZ, C. de O. *Op. cit.*, p. 828.

²⁹¹ BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 69.

regra é adequado tal entendimento, mas pode estar sujeito a exceções. Casos concretos em que a idade avançada seja fator de discriminação, ainda que a pessoa não tenha atingido o marco legal, devem permitir a invocação de tal direito.

Sustenta-se, em razão da orientação estatutária que elegeu caminho semelhante ao Direito da Criança e do Adolescente, que haveria uma doutrina da proteção integral, o que inclusive traria a aplicação do princípio do melhor interesse do idoso. Parece adequada a aplicação da mesma principiologia ao idoso, ao menos na seara do Direito das Famílias, mas há algumas ressalvas que merecem ser feitas: 1) o idoso é vulnerável, assim como crianças e adolescentes, mas o é por razão diversa e diametralmente oposta: enquanto os últimos se desenvolvem e caminham para a independência, o idoso sofre decaimento e luta contra a dependência que tende a crescer; 2) por opção do constituinte, a criança e o adolescente detêm prioridade absoluta, de modo que, se os interesses de ambos entrarem em rota de colisão, os interesses do idoso terão que ceder, salvo demonstração de sacrifício desproporcional.

A vulnerabilidade da criança e do adolescente permite, até certo ponto, que se adote uma postura “paternalista”²⁹² em relação a estes grupos. Atribui-se a incapacidade civil e a inimputabilidade penal pois não se reconhece seu pleno amadurecimento psicofísico. Trata-se de presunção absoluta de imaturidade (ao menos até os dezesseis anos na seara cível). Já com o idoso a vulnerabilidade deve proteger, mas não infantilizar. Nem todo idoso é frágil, nem todo está tão concretamente vulnerável²⁹³. A vulnerabilidade, quando houver margem para sua consideração por determinado instituto legal (e.g. em ações de alimentos), deve ser olhada com cautela. Deve haver uma presunção *juris tantum* de vulnerabilidade nestes casos, podendo ser provado que o idoso, naquele caso, não é frágil.

²⁹² Relativiza-se a autonomia destes sujeitos, assumindo-se que certas decisões eles não são capazes de tomar por si próprios.

²⁹³ “Tanto o idoso quanto a criança e o adolescente demandam proteção especial, pela sua peculiar condição, seja de pessoa em desenvolvimento, seja por sua fragilidade. Nem todos os idosos, é verdade, se encontram em situação de fragilidade, tendo em vista que o envelhecer, atualmente, ocorre com muito mais qualidade, em especial para os que têm condições econômico-financeiras para isso. Entretanto, em face do próprio processo de ‘envelhecer’, o Direito lhes conferiu posição de prioridade, para que possam ter a garantia de uma vida digna.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima de. Fundamentos principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso. In: **Revista brasileira de Direito de Família**, n. 26, out./nov. 2004, p. 23.)

4 EFEITOS DA RELAÇÃO AVOENGA

Trabalhou-se, até o momento, com uma inserção sistemática da relação avoenga no âmbito jurídico, apresentando a temática na perspectiva do parentesco, situando-a historicamente como uma situação que desborda para além do núcleo familiar e trazendo a principiologia que permite inseri-la na perspectiva das vulnerabilidades.

Após, a fim de possibilitar a melhor análise das vulnerabilidades presentes em ambos os polos da relação avoenga, firmou-se a compreensão do sentido de vulnerabilidade, como uma debilidade ínsita à pessoa, adotado como premissa para este trabalho. Ainda, passou-se pelos grupos vulneráveis possivelmente presentes nos polos da relação avoenga, fixando-se o entendimento de crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento e com dependência, ao passo que os idosos são pessoas com tendência ao declínio físico e mental e estigmatizadas pelo preconceito; ademais, teceu-se considerações sobre a principiologia extraída do Direito brasileiro às categorias envolvidas.

Percorrido este caminho, passar-se-á à análise da estrutura eficaz que o Direito Positivo atribui à relação avoenga, tendo por base os pressupostos já lançados, examinando alguns efeitos, em rol exemplificativo.

4.1 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

A visitação entre avós e netos não é uma proposta inovadora, sendo de longa data as discussões sobre sua natureza jurídica e os seus fundamentos. Já se sustentou que seria um direito natural, decorrente do parentesco consanguíneo, inafastável pela mera vontade humana²⁹⁴, o que denota que, se não é essa a fundamentação adotada pelo contemporâneo Direito das Famílias, há de longa data a busca de uma tutela jurídica dessa relação afetiva.

²⁹⁴ MATTIA, Fábio Maria de. Direito de visita de avô. In: **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n. 15, p. 15-22, jan./mar. 1981, p. 17-18.

A questão da visitação era discutida em termos mais amplos: não apenas o avô ir até o neto, mas também manter contato com ele e recebê-lo em pernoite²⁹⁵. Em outras palavras, não apenas visitas, mas uma verdadeira convivência familiar, embora tal nome tenha sido atribuído mais recentemente ao direito.

No Brasil, o direito de visitação dos avós veio a ser reconhecido expressamente pela Lei n. 12.398/2011, que acrescentou um parágrafo único ao art. 1.589 do CC/02 e alterou o inciso VII do art. 888 do CPC/73. Mas anteriormente a ela decisões do Poder Judiciário e a literatura jurídica já vinham gradativamente reconhecendo a convivência familiar avoenga como um direito, tanto em prol do desenvolvimento psicofísico do neto, como também visto como uma contrapartida das obrigações advindas do parentesco, em especial os alimentos²⁹⁶ - embora já houvesse a advertência anterior de que o direito de visitação avoenga não dependeria do sustento econômico dos netos pelos avós²⁹⁷, pois não se trata de pagar um preço pelas visitas.

O interesse em regulamentar o direito à convivência avoenga certamente tem a ver com os casos em que houve resistência a seu exercício. No caso da convivência familiar avoenga, a resistência se dá, eventualmente, pelos pais, investidos da autoridade parental sobre seus filhos. Eis que surge o ponto: os pais podem legitimamente impedir que os avós visitem seus netos?

O princípio constitucional da paternidade/maternidade responsável (CR/88, art. 226, § 7º) impõe o exercício de uma autoridade parental com fins de atender o melhor interesse dos filhos²⁹⁸. Ora, salvo se houver algum fato grave – ou seja, na minoria dos casos –, não será lícito aos pais cercearem o contato entre avós e netos.

²⁹⁵ MATTIA, F. M. de. *Op. cit.*, p. 20.

²⁹⁶ TEIXEIRA, Daniele Chaves. Os direitos e deveres dos avós. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **Direito das Famílias por juristas brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 491.

²⁹⁷ MATTIA, F. M. de. *Op. cit.*, p. 21.

²⁹⁸ Sobre o conteúdo do princípio, explicita Rodrigo da Cunha Pereira: “A paternidade responsável é um desdobramento dos princípios da dignidade humana, da responsabilidade e da afetividade. Na verdade, ela está contida nestes outros princípios norteadores e a eles se mistura e entrelaça. Merece ser considerada como um princípio destacado e autônomo em razão da importância que a paternidade/maternidade tem na vida das pessoas. A paternidade é mais que fundamental para todos nós. Ela é fundante do sujeito. A estruturação psíquica dos sujeitos se faz e se determina a partir da relação que ele tem com seus pais. Eles devem assumir os ônus e bônus da criação dos filhos, tenham sido planejados ou não. Tais direitos deixaram de ser apenas um conjunto de competências atribuídas aos pais, convertendo-se em um conjunto de deveres para atender ao melhor interesse do filho, principalmente no que tange à convivência familiar.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 245.

Parte-se do pressuposto que a convivência entre ambos é benéfica²⁹⁹. Via de regra, o contato entre avós e netos tem muito a oferecer a ambos. E aqui tem especial aplicação a análise da vulnerabilidade de ambos os polos da relação.

O direito à convivência familiar é assegurado constitucionalmente a crianças e adolescentes (CR/88, art. 227, *caput*) e é afirmando em legislação infraconstitucional para o idoso (Estatuto do Idoso, art. 3º, *caput*). Sua importância se dá pelas possibilidades de formação de individualidades e busca de felicidade em razão da coexistência e apoio mútuo:

É no domicílio que a família se desenvolve física, emocional, mental e espiritualmente; é onde se estabelecem as relações interpessoais, permeadas por crises e conflitos. Nos momentos de doença, os membros da família necessitam de apoio, objetivando a superação, a adaptação e o crescimento nas relações de autoajuda e cuidado. Nesse sentido, alguns autores referem que, em cada família e para cada indivíduo, os significados atribuídos às suas experiências são únicos; dessa forma, devem ser respeitadas suas singularidades e suas especificidades.³⁰⁰

Assegura a convivência familiar avoenga os direitos aos vínculos afetivos, bem como assegura o direito à identidade, próprio das relações de parentesco. A observância de tais direitos não diz respeito a uma faceta estática (o elo biológico), mas sim ao caráter dinâmico de construção de laços significativos para que crianças e adolescentes possam ter o sadio desenvolvimento de sua personalidade³⁰¹.

A convivência familiar diz respeito, em verdade, à própria dignidade humana. Permite a formação de relações de pertencimento, de identidade, de individualização, bem como exige o reconhecimento de que o conviver limita o nosso modo-de-ser

²⁹⁹ “Com efeito, apesar do interesse do menor como base deste direito assumir uma posição de destaque no seio da doutrina estrangeira, parece-nos que, face aos dados do nosso ordenamento jurídico, este interesse aparece não como um verdadeiro pressuposto do nascimento do direito, mas sim como limite desse mesmo direito, ou seja, como critério que preside à configuração concreta que assumirá em cada caso.” (MARTINS, Rosa; VITOR, Paula Távora. A propósito do “direito de visita” dos avós no contexto português: algumas reflexões acerca do seu fundamento e natureza jurídica. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 212-213.)

³⁰⁰ CIOSEK, Sueli Itsuko *et alii*. Senescência e senilidade: novo paradigma na atenção básica de saúde. In: **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, São Paulo, v. 45, n. especial 2, 2011, p. 1766.

³⁰¹ GROSSEMAN, Cecilia Paulin; HERRERA, Marisa. Una intersección compleja: ancianidad, abuelidad y Derecho de Familia. In: Oñati sócio-legal series, Oñati, v.1, n. 8, 2011, p. 12.

egoísta para promover o cuidado com o próximo, conquanto vulnerável, no seio da família.

A condição das crianças e adolescentes de pessoas em especial condição de desenvolvimento faz com que a convivência familiar contribua enormemente para seu desenvolvimento emocional e afetivo, bem como aprenda a conviver com valores de outras gerações:

O amor que os avós transmitem aos seus netos deve ser experimentado, compartilhado e preservado, pois tal convivência possibilitará aos descendentes o contato com valores diferentes que serão ponto de referência e construção de sua personalidade e caráter através da dialética que estabelece com outras gerações, como disse Jaques Lacan.³⁰²

Os avós exercem, com muita frequência, cuidados auxiliares para que os pais possam trabalhar. Trata-se de uma opção feita não apenas pela necessidade e pela disponibilidade avoenga, mas mesmo pela relação de afeto mantida, tanto entre avós e pais como entre avós e netos:

Missing in the literature, however, is the extent to which inter-generational ties and, to a lesser extent, parental preferences concerning child care guide the decision to place children under the care of grandparents. Simply stated, the decision to have a grandparent provide child care may be driven by more than need or availability. The use of grandparents may also reflect the strength of inter-generational ties. A consistent finding of past research has been that single mothers are more likely to rely on grandparents for child care than married mothers (Hofferth et al. 1991; Casper 1996). While this pattern has most often been interpreted in terms of the economic burden that single mothers face, it also suggests a high degree of cohesiveness among families, especially in times of need.³⁰³

³⁰² BIRCHAL, Alice. A relação processual dos avós no Direito de Família. In: PEREIRA, Roderigo da Cunha (coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro**: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 51.

³⁰³ Tradução livre: "Ausente na literatura, contudo, é a extensão em que os laços intergeracionais e, em menor extensão, as preferências parentais a respeito dos cuidados da criança guiam a decisão de colocar a criança sob os cuidados dos avós. Dito de forma simples, a decisão de ter um(a) avô(ó) provendo o cuidado à criança pode ser direcionado mais do que pela necessidade ou disponibilidade. O uso dos avós pode também refletir a força dos laços intergeracionais. Uma descoberta consistente da pesquisa passada foi de que mães solteiras estão mais propensas a confiar nos avós para os cuidados da criança do que as mães casadas. Ao mesmo tempo que este padrão tem sido mais frequentemente interpretado em termos de encargo econômico que a mãe solteira enfrenta, isso também sugere um alto grau de coesão entre famílias, especialmente em tempos de necessidade." (GUZMAN, Lina. The use of grandparents as child care providers. In: CENTER FOR DEMOGRAPHY AND ECOLOGY. **A national survey of families and households**. Madison: University of Wisconsin-

A vulnerabilidade da criança e do adolescente acaba sempre sendo levada em conta na hora de se decidir e estipular um regime de convivência familiar pela via judicial, que tem por parâmetro – ao menos discursivo – o melhor interesse da criança. As contribuições possíveis dos avós em seus cuidados sempre podem pesar positivamente em prol da visitação avoenga.

As rupturas da convivência familiar sempre tendem a ser danosas, em especial à criança:

O direito a uma situação de estabilidade pessoa e familiar (convivência familiar) decorre do entendimento de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos civis (art. 15, ECA), abrangido o direito ao respeito à sua individualidade, à sua liberdade, à preservação de seus valores, vínculos, espaços e objetos pessoais (art. 17, ECA).³⁰⁴

Mas a contribuição certamente não é unidirecional. Os avós têm muito a ganhar com a convivência com os netos. Os netos permitem com que os idosos tenham um contato mais próximo com novos valores e novas tecnologias. Ganham os avós experiências valiosas e sentem menos o incômodo da autoimagem negativa da velhice:

As transmissões se transformam em trocas, na medida em que os netos também transmitem alguma coisa aos avós. Para além dos pequenos serviços, os avós dizem encontrar nos mais jovens a “alegria de viver”, que lhes dá “força para continuar”, aprendendo as “novidades da vida atual” e mantendo assim a “a cabeça jovem” (*sic*). As avós brasileiras são mais abertas às mudanças da vida moderna do que seus cônjuges, pois elas aprendem com os netos pequenos, e principalmente com as netas, a dançar e a cantar os novos ritmos musicais (pagode, tchan!). Na França, as avós também cantam com os netos pequeninos, mas raras são aquelas que o fazem com os adolescentes. Igualmente nos dois países, alguns avós aprendem informática e se associam às locadoras de vídeo para estar mais próximos aos interesses dos netos e poder acompanhá-los no seu crescimento, impedindo assim que o vínculo se desfaça.³⁰⁵

Madison, 1999, p. 2. Disponível em: <<http://www.ssc.wisc.edu/cde/nsfhwp/nsfh84.pdf>>. Último acesso em 29 de novembro de 2015, às 22h17.)

³⁰⁴ FONSECA, A. C. de L. *Op. cit.*, p. 109.

³⁰⁵ PEIXOTO, Clarice Ehlers. Avós e netos na França e no Brasil: a individualização das transmissões afetivas e materiais. In: PEIXOTO, Clarice Ehlers; SINGLY, François de; CICCHELLI, Vincenzo (org.). **Família e individualização**. (Traduzido por Ângela Xavier de Brito.) Rio de Janeiro: FGV, 2000, p. 109-110.

O isolamento do idoso podem levar a consequências nefastas e que assumem um “efeito bola-de-neve”, acumulando-se e prejudicando a saúde psíquica e corpórea dos avós:

Ao envelhecer, os idosos vão-se deparando com roturas dos seus vínculos quer sejam profissionais, com a entrada na reforma, quer sejam familiares ou sociais, com o afastamento dos filhos, o falecimento dos cônjuges ou ainda a exclusão sentida por parte da sociedade decorrente do preconceito e da discriminação. Com a solidão e o isolamento, chega também uma maior prevalência da depressão que reduz a qualidade de vida e compromete a saúde mental do idoso.³⁰⁶

Assim, a convivência familiar entre avós e netos deve ser estimulada, não somente em razão do interesse dos netos, mas também pelo interesse dos avós. Assim como a autoridade parental é exercida no interesse dos filhos, mas também tem sua faceta de satisfação dos direitos da personalidade dos pais³⁰⁷, a relação de avosidade também é exercida primordialmente no interesse dos netos – ao menos enquanto criança e adolescentes, pois detentores de prioridade absoluta –, mas merecem ter que seus interesses sejam levados em conta – em especial se forem idosos.

Importante destacar que os avós, se eventualmente são agentes violadores dos direitos dos netos, com muita frequência atuam em prol de seu bem-estar e, não raro, intermediam situações intrafamiliares para que o melhor interesse dos netos seja atendido. Não é de se ignorar que tal raciocínio pode assumir uma via de mão dupla:

³⁰⁶ ROBERTO, Magda Sofia; FIDALGO, António; BUCKINGHAM, David. O papel da solidariedade intergeracional no âmbito da literacia digital. In: **Kairós gerontologia**, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 09-25, jun. 2014, p. 13.

³⁰⁷ Afirmando Oliveira e Muniz sobre o, à época, denominado pátrio poder: “É poder inerente à personalidade dos pais, mas que encontra seus limites na personalidade dos filhos e nas necessidades de educação que, antes de ser um dever jurídico, é um dever ético-social.” (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 4. ed.. Curitiba, Juruá, 2003, p. 14.). No mesmo sentido, com nomenclatura mais atualizada, Fachin: “O exercício da autoridade parental diz respeito à relação que há entre pais e filhos. Não se confunde com a guarda, em regra materna; no incompreensível senso comum, a guarda paterna. A autoridade parental revela um conjunto de circunstâncias que vão informar as características do exercício desses direitos e a assunção de corresponsáveis deveres. Não se trata de ‘poder’, nem propriamente de função. Não há relação de subordinação. É mais que um ‘direito-dever’, expressão híbrida equivocada.” (FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 243-244.)

os avós, quando muito idosos e debilitados, poderão se encontrar no meio das disputas entre seus filhos – não raro, interessados na eminente herança –, e os netos, sem interesse imediato, poderão moderar atitudes abusivas de seus pais e tios.

Cabe advertir, no entanto, que o papel dos netos enquanto zelosos pelos direitos de avós debilitados é mais infrequente. Via de regra, são os filhos – em especial filhas³⁰⁸ – de idosos, e não os netos, quem amparam os anciãos. Mas não é despropositado pensar que os netos também ostentam um dever de convivência familiar para com seus avós, com forte amparo na solidariedade intergeracional. A balança, que na infância e adolescência pendia a favor dos descendentes na proteção de seus direitos, se desloca para o polo dos avós.

Os avós, outrora tão ativos e dispostos a se doar por sua família, chegam a um momento, mais cedo ou mais tarde, em que se tornam debilitados. A dimensão do princípio da afetividade criadora de deveres jurídicos não deve fazer outra coisa que não obrigar que esse idoso não seja desamparado.

4.2 A ALIENAÇÃO PARENTAL E OS AVÓS

A importância dos avós é tamanha que não foram esquecidos no tratamento dado ao fenômeno da alienação parental pela Lei n.º 12.318/2010. Contudo, previamente à análise do tratamento legal, fazem-se necessários alguns esclarecimentos metajurídicos sobre o tema.

³⁰⁸ “Além do estado conjugal, outras características familiares aparecem frequentemente associadas com diferentes padrões de suporte. Espera-se, por exemplo, que um maior número de filhos vivos aumente substancialmente as chances do idoso receber algum tipo de apoio familiar. Por outro lado, mais do que em qualquer outro estágio de seu ciclo de vida, as chances de filhos adultos receberem ajuda de seus pais idosos aumenta durante o período em que eles próprios são pais de crianças pequenas. Da mesma forma, a importância do gênero, tanto de pais quanto de filhos, na definição dos fluxos de suporte, transparece em diversos estudos. Em geral, o apoio oferecido pelas filhas a seus pais idosos é mais intenso e diversificado do que o apoio oferecido pelos filhos. Desde a perspectiva dos idosos, por outro lado, as mulheres aparecem muito mais frequentemente do que os homens engajadas em fluxos de apoio, o que costuma ser atribuído não só às suas maiores necessidades financeiras, mas também ao fato de serem elas mais apegadas emocionalmente aos filhos.” (SAAD, Paulo Murad. Transferência de apoio intergeracional no Brasil e na América Latina. In: CAMARANO, Ana Amélia (org.). **Os novos idosos brasileiros**: muito além dos 60? Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 173.)

Percebeu-se, no contexto dos litígios envolvendo a dissolução da sociedade conjugal, que não é infrequente a conduta por parte de um dos até então consortes de voltar os filhos, de modo imotivada ou não suficientemente motivada, contra o seu parceiro de outrora. A criança, então, passaria a demonstrar tais sintomas de rejeição contra o parente não guardião em razão da postura beligerante, intencional ou não, adotada pelo guardião. A este fenômeno patológico provocado na prole o professor de psiquiatria norte-americano Richard Alan Gardner denominou síndrome de alienação parental, tendo assim a definido:

É um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a "lavagem cerebral, programação, doutrinação") e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.³⁰⁹

A síndrome da alienação parental, no contexto norte-americano em que foi descoberta, enfrentou certo grau de resistência, por não encontrar respaldo no catálogo de doenças que acometem a mente aceito no meio científico (Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, ou, no inglês, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* – DSM) vigente à época das proposições de Gardner, o DSM-IV, o que levou alguns profissionais das áreas da saúde e jurídica a optarem pela designação “alienação parental”. Gardner, à época, buscou argumentar que a síndrome de alienação parental pode assim ser chamada por corresponder ao conceito de síndrome, ou seja, um conjunto de sintomas decorrentes de uma causa (etiologia) comum; embora ainda não contasse com reconhecimento oficial, tal não deveria ser óbice no seu reconhecimento em processos judiciais, uma vez que as pesquisas em torno de uma síndrome podem fazer com que se leve muito tempo para que advenha o selo de legitimidade atribuído pelo campo científico. Por sua vez, a

³⁰⁹ GARDNER, Richard Alan. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?, p. 2. (Traduzido por Rita Rafaeli.) Disponível em: <<https://fc243dbe-a-62cb3a1a-sites.googlegroups.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap/Aliena%C3%A7%C3%A3oParental-RichardGardner.pdf>>. Último acesso em 17 de fevereiro de 2016, às 9h17..

alienação parental, entendido do ponto de vista da psicologia como um distanciamento paterno-filial, não mereceria o *status* de síndrome, pois poderia advir de muitas situações distintas e não apenas da campanha difamatória de um pai contra o outro³¹⁰.

A solução brasileira para tal impasse foi, sem ignorar os conhecimentos advindos da Psicologia, retirar a definição da alienação parental do campo desse conhecimento científico. A Lei n.º 12.318/2010 optou por trazer uma definição jurídica e objetiva no *caput* de seu art. 2º³¹¹:

Perez esclarece que para a lei não é necessário que a criança detenha efetivo repúdio contra o genitor alienado, que é o caso da caracterização da Síndrome da Alienação Parental, pois a comprovação de que esteja ocorrendo prejuízo na manutenção ou estabelecimento do vínculo com os atos de alienação parental já reforçaria o traço preventivo da lei.³¹²

Não se olha para dentro do sujeito criança ou adolescente para verificar que danos já sofreu, mas sim para as condutas objetivamente aferidas do adulto alienador, a fim de fazê-las cessar. Remove-se o ilícito independentemente da ocorrência do dano: “O que a Lei 12.318 quer ressaltar é que a prática do ato, por si só, é um ilícito civil, independente da ocorrência ou não dos seus efeitos, porque assim agindo, o alienador está aliciando a criança ou adolescente do salutar convívio familiar”³¹³.

Como se observa das anotações de Eduardo de Oliveira Leite, a participação de amigos da família extensa nos conflitos parentais não é incomum. A postura maniqueísta adotada pelos pais na situação de alienação – em que se colocam os alienadores perante a criança como vítimas e concentradores de todas as virtudes, ao passo que o alienado é por completo mau e não apresenta qualquer qualidade – é estendida às pessoas próximas, que podem ser aliadas na prática da alienação ou, se contrárias à sua prática, são igualmente vistas como vilãs. Do mesmo modo, o pai não guardião visa arregimentar aqueles que lhe apoiam e tratar o guardião como

³¹⁰ Ver: GARDNER, R. A.. *Op. cit.*, p. 2-7.

³¹¹ “Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”.

³¹² BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação parental**: uma interface do Direito e da Psicologia. Curitiba: Juruá, 2012, p. 121.

³¹³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Alienação parental**: do mito à realidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 p. 266.

pessoa megera³¹⁴. Ao fim, tem-se uma polarização em ambos os lados, assumindo terceiros uma postura parcial e pouco equilibrada, o que na prática relega o melhor interesse dos filhos a um segundo plano.

O legislador brasileiro não se esqueceu de incluir os avós, tanto como alienadores (art. 2º, caput) como alienados (art. 2º, parágrafo único, alíneas VI e VII). Ou seja, não foi ignorado que avós podem militar contra os genitores para afastá-los do convívio da criança e do adolescente, bem como também foi pensado na hipótese de eles serem afastados do convívio dos netos contrariamente aos interesses destes³¹⁵.

No entanto, a preocupação doutrinária com a participação dos avós em atos de alienação é lateral, sendo eventualmente citados em um ou outro momento. O objetivo do presente trabalho é, então, apresentar algumas hipóteses e possibilidades de encaminhamento.

Cabe destacar que, em um contexto relativamente pacífico, os conflitos parentais na ocasião do divórcio podem não afetar significativamente o laço avoengo. Dependerá a questão de diversos fatores, como o grau de afinidade do pai e/ou da mãe guardiões com os avós – ou algum deles em específico) e a convivência prévia ao divórcio³¹⁶, mas é certo que não há um necessário distanciamento em razão da ruptura conjugal.

³¹⁴ “O mesmo processo de beligerância e raiva constatado no divórcio é reproduzido com pequenas variáveis (às vezes, mesmo com mais intensidade) na SAP. Com a ruptura ‘formam-se alianças e inimizades dentro de cada família, bem como entre duas famílias e no grupo de amigos (...) dificilmente conseguem manter uma atitude neutra, de apoio e compreensão ao homem e à mulher. Muitos assumem ares de juízes, a julgar quem está certo e quem está errado. É comum fazerem jogo duplo, ora de um lado, ora de outro’.

E para sobreviver ao tormento, os ex-cônjuges não vacilam em arrebanhar parentes e amigos que se alinham com suas versões dos fatos, Assim agindo, não só se sentem menos abandonados e sozinhos, mas mais seguros e tranquilos em sua campanha de difamação. Quanto mais amigos e parentes tiverem alinhados à sua versão mais encorajados ficam para levar a bom termo seu projeto de vingança. Os parentes, que deveriam manter uma posição neutra (como se espera de pessoas sensatas e razoáveis) acabam se alinhando a uma das partes, geralmente o genitor alienador, sem se darem conta do mal que estão fomentando. ‘Os familiares também se dividem em dois campos, os que apoiam e os que criticam achando que a separação prejudica a família’. Velhos ressentimentos vem à tona e valores não assimilados por uma família são invocados como meio de justificar a atitude agressiva assumida.” (LEITE, E. de O.. **Alienação parental...**, p. 192.)

³¹⁵ “A agressividade que era direcionada somente ao genitor alienado passa a ser generalizada para toda a família, tais como avós paterno (*sic*), tios e primos, fazendo com que a criança se negue a visitá-los e passe a desgostar deles progressivamente.” (BUOSI, C. de C. F.. *Op. cit.*, p. 61.

³¹⁶ Ver: GRAVENISH, Brenda A.; THOMSON, Elizabeth. Marital disruptions and grandparent relationships. In: CENTER FOR DEMOGRAPHY AND ECOLOGY. **A national survey of families and households**. Madison: University of Wisconsin-Madison, 1996. Disponível em: <<http://www.ssc.wisc.edu/cde/nsfhw/nsfh74.pdf>>.

A hipótese mais comum de alienação parental em que figuram avós é o que poderíamos chamar de “papel coadjuvante”, em que figuram como agentes ou vítimas secundários de pais alienados ou alienadores, são vítimas reflexas ou alienadores auxiliares do pai e/ou da mãe que participam diretamente do ato. Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno exemplificam perfeitamente uma hipótese desses casos, que é a de pais que não mantinham relacionamento sério e a mãe, se vendo grávida, com auxílio de seus pais que auxiliarão na criação do filho, procura excluir a família paterna da criação da prole. A situação também não é nada incomum em processos de dissolução de união estável ou divórcio. Nesse proceder, os avós maternos são coalienadores enquanto os avós paternos são vítimas reflexas de um ato que visa excluir a figura paterna. Como declara Alice Birchall, “muitas vezes, os avós entram nesse círculo de litígio, exacerbando a prática da alienação parental ou sofrendo suas consequências”³¹⁷.

As práticas se assemelham ao exaustivamente denunciado quando a alienação é praticada por/contra os pais: falsas denúncias de maus tratos e abuso sexual, campanha injuriante, omissão das boas condutas e até mesmo do vínculo de parentesco para a criança ou o adolescente. Os avós podem vitimar ou ser vitimados pelos mesmos atos.

Não é demais ressaltar o quão prejudicial é o cerceamento do contato com os netos para a saúde geral do idoso, em especial quando já estavam acostumados a exercer cuidados esporádicos ou cotidianos aos netos:

Com efeito, um estudo realizado no Reino Unido para avaliar o impacto sobre os avós em decorrência do afastamento de seus netos, em casos de separação ou divórcio dos pais, concluiu que a perda do exercício da função de ser avô(ó), é acompanhada de problemas físicos e emocionais e da piora da qualidade de vida dos avós. Em outro estudo, ainda avaliando tal impacto, mas desta vez comparando avós que nunca perderam contato com seus netos, com aqueles que o perderam em função de conflitos familiares, divórcio ou separação, em momentos distintos, os mesmos autores confirmaram as conclusões da pesquisa anterior, no sentido de que a perda de contato está diretamente associada a um intenso luto, piora na qualidade de vida e empobrecimento emocional e físico. Concluíram, ainda, que os avós mais afetados eram aqueles para os quais o distanciamento decorreria dos conflitos familiares, seguidos por

³¹⁷ BIRCHALL, A. de. S.. *Op. cit.*, p. 71.

aqueles em que o afastamento se dera em razão da separação/divórcio.³¹⁸

Ocorre que há um sério problema de ordem processual em tais casos: as partes do processo, via de regra, são os pais. Poderiam os avós integrar algum dos polos da lide, sendo algum dos pais o guardião e o outro o que litiga pelo direito de convivência familiar? Entende-se que a resposta afirmativa se impõe.

Primeiro, cabe destacar que, em diversos casos, os avós participam informalmente dos processos, pois acabam sendo envolvidos em entrevistas e intervenções pela equipe multidisciplinar do Juízo e, também não é incorrente, acabam sendo contemplados por acordos de visitas. Contudo, a questão se coloca de forma mais problemática nas situações em que não são envolvidos.

Em tais casos, parece que não há óbices quanto à legitimidade ativa dos avós para proporem uma demanda autônoma objetivando a declaração e adoção de medidas contra alienação parental ou mesmo suscitar a questão em uma ação de visitas por ele proposta (Lei n.º 12.318/2010, art. 4º, caput). Isso porque, além do fundamental direito à convivência familiar e da já consolidada orientação de decisões exaradas pelo Poder Judiciário que assegurava o direito de visitação avoengo³¹⁹, a Lei n.º 12.398/2011 eliminou quaisquer dúvidas de tal direito com texto normativo expresso. Como direito próprio que é, não pode ser excluído da apreciação do Poder Judiciário (CR/88, art. 5º, XXXV). Igualmente, a legitimidade passiva, em princípio, não deve ser tormentosa: se os avós são agentes alienadores, podem ser demandados, em ação visando tutela reintegratória³²⁰.

Além da participação coadjuvante no processo de alienação parental, os avós podem figurar como agentes ou vítimas diretas da alienação. A solução processual, com mais razão, não deve ser outra que não admitir a legitimidade, passiva ou ativa

³¹⁸ GISERMAN, Cesar; SEIXAS, Tatiana Rocha. O direito de visitação dos avós: a importância da manutenção dos vínculos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 170-171.

³¹⁹ SEREJO, Lourival. Direito dos avós. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 25, ano 13, dez./jan. 2012, p. 73.

³²⁰ Que, no ensinar de Marinoni e Arenhart, corresponde a uma tutela de remoção do ilícito, não necessariamente do dano. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 455). Vale dizer, não necessariamente a alienação parental deve ter causado o mal psicológico ao neto, mas deve ter dado causa à ilicitude do cerceamento da convivência familiar.

conforme o caso. Nada impede o ajuizamento de demanda diretamente contra os avós alienadores.

A previsão dos incisos VI e VII do parágrafo único do art. 2º, no entanto, parecem dar uma tutela apenas às situações de avós “coadjuvantes”. Vale dizer, a lei só pensou, no seu rol de exemplos, em situações da convivência familiar estrita, mas não aquelas em que os avós se fazem presentes, concomitantemente aos pais ou de forma única, como figuras de referência e criação para os netos. Embora não se possa falar, tecnicamente, em exercício da “autoridade parental”, “paternidade” ou “maternidade”, não se deve deixar de ter em conta que há casos de alienação que visam minar a relação avoenga em que os avós participam ativamente da criação dos netos, ainda que da interpretação literal da Lei não decorra tal conclusão. Do mesmo modo, as sanções contra o avô ou a avó alienadores, previstas no art. 6º da Lei, podem e devem ser aplicadas, ainda que não haja como se falar em suspensão da “autoridade parental” como medida extrema, e sim a suspensão de institutos jurídicos que se aplicam a este tipo de relação, como a guarda ou o regime de convivência familiar.

É necessário recordar que a Lei n.º 12.318/2010 prevê no art. 6º, em rol exemplificativo³²¹, medidas de combate à prática abusiva. Não deve o magistrado se ressentir de aplicá-las nos casos de avós alienados que demandam contra os pais, pois a autoridade parental não significa que o genitor tenha liberdade para fazer com seus filhos o que bem entender. Evidentemente, há maior dificuldade, nestes casos em que um detentor da autoridade parental é demandado por quem não a detém, na aplicação de certas medidas, como a fixação de domicílio da criança ou do adolescente, por serem demasiadamente restritivas, mas não se deve ter como premissa a impossibilidade.

Contudo, focar a situação do neto criança ou adolescente prejudicado pela alienação parental não parece ser suficiente. Cogita-se a existência da prática visando

³²¹ E diferente não poderia ser. Está na linha do poder geral de cautela, que implica em ampla discricionariedade judicial para adotar as melhores medidas visando tutelar o bem da vida em questão: “Em harmonia com o poder geral de cautela do magistrado (ECA 213 e CPC 461, § 5º), a lei reitera a natureza abusiva dos atos de alienação parental, a consolidar a possibilidade de atuação preventiva do Judiciário também em tais casos.” (PEREZ, Elizio Luiz. Breves comentários acerca da Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010). In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 76.)

influenciar a mentalidade do idoso contra seus descendentes a merecer o efetivo combate.

A vulnerabilidade do idoso, olhada com a obtemperação necessária, dá uma especial oscilação à sua postura no direito à convivência familiar. Se a situação for comparada com a ação de regulamentação de visitas típica, pode o idoso assumir a postura própria do adulto, que, à semelhança dos pais não guardiões, deseja ver a criança, ou pode estar em posição análoga à da criança a ser visitada, que está em relação de dependência com outras pessoas e precisa de supervisão estatal para que seus interesses sejam observados no meio de uma disputa familiar.

Cabe ressaltar que a maioria dos estudos sobre alienação parental se volta para a prática sobre os filhos praticadas por um pai para denegrir o outro, em especial no contexto de ruptura da conjugalidade (não por menos, o mal constatado por Richard Gardner recebeu o nome de “parental”, pois foi diagnosticado neste tipo de caso). Mas as características do alienador, os atos de alienação e os efeitos na vítima e na pessoa alienada são constatadas também em situação envolvendo idosos nas searas de família.

Já se encontra defesa doutrinária, bem como julgados com a aplicação da Lei n.º 12.318/2010 ao idoso, como apresentam Maria Ísis Boll de Araujo Bastos e Carolinne Pinheiro Campos, sob argumento de que o cuidador do idoso pode ferir seu direito fundamental à convivência familiar³²². Há previsão legal expressa de que a Lei de Alienação Parental visa resguardar o direito fundamental à convivência familiar de crianças e adolescentes (art. 5º), mas não se pode deixar de ter em conta que os idosos também são pessoas dotadas de vulnerabilidades psicofísica e social, bem como, do ponto de vista normativo, a ambos é assegurado o dever de amparo da família (em sede constitucional) e o de convivência familiar (em sede constitucional para crianças e adolescentes, em sede infraconstitucional para idosos).

Entretanto, é importante considerar que a alienação do idoso deve ser analisada com cautela, pois, ao contrário de crianças e adolescente, sujeitos em desenvolvimento de personalidade e formação psicofísica, a condição de idoso não,

322 BASTOS, Maria Ísis Boll de Araujo; CAMPOS, Carolinne Pinheiro. **O idoso como vítima de alienação parental**: nova possibilidade interpretativa do art. 2º da Lei n.º 12.318/2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fa873e7f272a69e1>>. Acesso em 13 de agosto de 2015, às 01h28.

por si só, faz presumir a sua incapacidade, o que deve ser considerado para aplicação da Lei da Alienação. Não se pode recair, sob pretexto de proteger o idoso por sua vulnerabilidade, em uma infantilização do ancião, em desrespeito à sua experiência de vida e ao seu saber acumulados³²³.

Ressalte-se, por outro lado, que não se deve cair num exacerbado formalismo: deve-se possibilitar que seja provado o discernimento reduzido no curso da demanda que discute a alienação sofrida pelo idoso e não se exigir que haja prévio ajuizamento de demanda de definição dos termos da curatela³²⁴, sob pena de não se dar a tutela estatal com a urgência devida. Aliás, talvez sequer se possa dizer que só se teria o idoso digno de tutela quando portador de alguma deficiência, mas sim quando houver o aproveitamento de alguma vulnerabilidade, cognitiva ou emocional, do idoso para aliená-lo do restante da família.

Vale dizer, não deve haver necessariamente a verificação de algum tipo de deficiência ou a necessidade de aplicação da curatela ao idoso. Basta a demonstração da vulnerabilidade concreta, indicando-se por quais meios poderia o cuidador submeter o idoso a pressões psicológicas para não ver seus familiares. Ademais, doenças associadas à idade, como o Alzheimer, tornam a pessoa mais suscetível de sofrer os males dos atos de alienação³²⁵.

³²³ “A vulnerabilidade do idoso é, assim, acendrada na contemporânea sociedade de massa, em que não se tolera vivências diferentes do padrão imposto. Nega-se, assim, sobretudo, ao idoso, a conditio cognitiva, infantilizando-o em processo que, à guisa de proteger sua pessoa, a todas as luzes acaba por degradar a sua personalidade, diminuindo sua dimensão à de um nascituro, com desprezo a toda experiência vivenciada. Nega-se, no limite, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana”. (SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. **Direito do idoso**: tutela jurídica constitucional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 67.)

³²⁴ Assevere-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146/2015) visou eliminar a figura da interdição. O Estatuto visou tratar todas as pessoas com deficiência como capazes (art. 6º) e modificou o Código Civil, substituindo, em seu art. 1.768, a expressão “interdição” por “processo que define os termos da curatela”. José Fernando Simão menciona que o Estatuto criou a figura jurídica do capaz sob curatela: “O Estatuto inova nesta matéria. Admite, por força do artigo 84, parágrafo 1º, a interdição de pessoa capaz: ‘quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei’.

A curatela de pessoa capaz é algo inusitado na história e tradição do Direito brasileiro. A orientação do Estatuto é clara: mesmo com a curatela, não temos uma pessoa incapaz.” (SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2)**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>. Último acesso em 26 de fevereiro de 2016, às 05h02.)

³²⁵ “A Neurociência cognitiva postula também que existe uma relação entre a região do córtex pré-frontal e as falsas memórias, na medida em que estudos demonstraram que pacientes com lesão nos lobos frontais ao participarem de pesquisas são mais volúveis a produzir falsas memórias do que pacientes saudáveis. A região cerebral do lobo temporal medial também é responsável pela produção de Falsas Memórias (FM), mais particularmente no hipocampo, fazendo, portanto, que pessoas que

Cabe destacar que o papel da família no amparo aos idosos é fundamental, especialmente em contextos como o brasileiro, em que a rede de atendimento à velhice é precária. Nestes casos, com o avançar da idade, aparece com frequência o fenômeno da coresidência dos anciões com seus descendentes³²⁶. Mas, tanto em países desenvolvidos como nos países em desenvolvimento, independentemente da coresidência, a presença de transferências intergeracionais (de cuidado, apoio etc) não está em declínio, sendo de essencial importância para o bem-estar dos idosos.

Em decorrência do dever de solidariedade, o Estado e a família possuem um importante dever de proteção do idoso, principalmente aquele com deficiência, devendo impedir qualquer forma de abuso emocional ou físico, abandono e, conforme exposto no presente trabalho, o idoso também deve ser protegido pelo Estado dos atos de alienação. Parece ser sensato que, havendo instrumental normativo adequado ao combate da alienação parental, seja este estendido para as hipóteses em que os anciões sofrem alienação para que sejam distanciados de seus netos por seus cuidadores. Como assevera Meyre Pinto, ao tratar da relação de dependência da pessoa na idade da velhice em relação aos demais familiares:

Quando os idosos precisam receber cuidados, por se tornarem fragilizados ou dependentes em um ou mais domínios do seu funcionamento, espera-se que um ou mais membros da família assumam a responsabilidade por eles, a partir de motivos e valores de reciprocidade e mutualidade.³²⁷

Neste sentido, cabe a cada um dos membros da família zelar para que o idoso mantenha o máximo convívio e integração familiar e social. Impedir que o ancião não tenha contato com seus netos é, em última instância, atentar contra seu bem-estar e sua dignidade. Cumpre afirmar que sua liberdade de se relacionar afetivamente, considerando suas debilidades concretas, deve ser promovida.

Quanto às medidas a serem tomadas, não parece haver problemas na aplicação do rol previsto no art. 6º da Lei n.º 12.318/2010, salvo algumas adaptações.

acometidas da Doença do Alzheimer, que apresentam prejuízos nessa região, também estejam mais predispostas a essa indução de memórias não verdadeiras.” (BUOSI, C. de C. F.. *Op. cit.*, p. 76.)

326 CAMARANO, Ana Amélia et alli. Famílias: espaço de compartilhamento de recursos e vulnerabilidade. In: CAMARANO, Ana Amélia. **Os novos idosos brasileiros**: muito além dos 60? Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 143.

327 PINTO, Meyre Eiras de Barros. **Velhice, dependência e cuidado**: perspectiva psicossocial. Londrina: Eduel, 2005, p. 15.

Ao invés de “genitor alienado”, caberia falar em ampliar a convivência em favor do “descendente alienado” (inciso II). Também se pode falar em alteração de curador – ou mesmo de cuidador, se não se estiver diante de uma situação de incapacidade civil –, no lugar de alteração de “guarda” (inciso V). Do mesmo modo, perfeitamente cabível a fixação – ou alteração – cautelar do domicílio do idoso (inciso VI). Por fim, não seria possível uma destituição do “poder familiar”, mas certamente cabível a destituição da curatela ou determinação de coresidência do idoso com outro familiar (inciso VII). As demais medidas, como advertência do alienador (inciso I), aplicação de multa (inciso III) e acompanhamento psicológico/biopsicossocial (inciso IV), além de outras não previstas, podem ser diretamente aplicadas.

4.3 ADOÇÃO POR AVÓS E OUTRAS FORMAS DE COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA

Uma situação conexa em certa medida com as anteriormente expostas é a vedação de que os irmãos e os ascendentes em geral, nos quais se incluem os avós, adotem, respectivamente, seus irmãos e descendentes, prevista no art. 42, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Trata-se de uma norma imperativa, impedimento absoluto. Por evidente, a vedação aos ascendentes só atinge a partir do 2º grau – ou seja, os avós –, pois não há que se falar em adoção por pais. Há diversos fundamentos para a vedação legal. Convergem todas no sentido de evitar que o Direito sirva para acirrar disputas e criar conflitos entre os parentes.

Uma fundamentação apontada por Antonio Fonseca é a de que a admissão da adoção traria confusões às relações de parentesco: “devemos afastar a hipótese de a pessoa tornar-se pai do próprio irmão ou algum neto tornar-se filho e irmão do tio ou filho do avô”³²⁸. No mesmo sentido aponta Tânia da Silva Pereira:

³²⁸ FONSECA, Antonio Cezar Lima de. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 156.

Diante da equiparação dos filhos, inclusive dos adotivos, o que se pretende evitar é que netos e irmãos se transformem em filhos. Este impedimento deve se estender também ao cunhadio na constância do casamento. Está presente a mesma suspeita de concupiscência que impede o casamento entre o adotado e o filho superveniente aos adotantes, previsto no art. 183, nº V-CC.³²⁹

Poder-se-ia questionar até que ponto esta confusão na estruturação do parentesco levaria ao impedimento da adoção por avós. De fato, acarretaria dificuldades na análise dos impedimentos matrimoniais. Por outro lado, a aferição dos impedimentos matrimoniais, nos casos de adoção em geral, sempre parte de duas ascendências, a da família adotante e a da família de origem. Assim, é questionável se a adoção por avós realmente importa em dificuldade adicional.

Outra questão, apontada em crítica constante em outro texto de Tânia Pereira, é o de que a adoção por avós envolveria a “questão patrimonial”. De fato, ao alterar o *status* de neto, que passa a ser filho, ele passa a herdar em concorrência com seu pai/mãe e tios ou, na falta destes, herdará quinhão muito mais favorecido do que os demais netos.

A crítica, feita por Galdino Augusto Coelho Bordallo e citada por Tânia Pereira³³⁰, é de que o legislador teria se preocupado essencialmente com a questão patrimonial e ignorado o aspecto afetivo. Se, por um lado, a leitura tem o mérito de combater a análise das relações familiares a partir das implicações patrimoniais, sendo que um Direito das Famílias que se pretende eudemonista, assim como um Direito Civil repersonalizado, consagra a primazia do ser sobre o ter, de outro viés tal análise não dá conta do fato de que a proibição também tem razão de ser na própria dinâmica familiar, embora tenha razão ao enfrentar o simples argumento da “confusão no parentesco”. Não é o direito à herança que deve obstar um verdadeiro estado de filiação – embora se deva combater a busca da filiação que visa tão somente o direito à herança, sob pena de desvirtuar os avanços no campo do princípio da afetividade. Se houver o entendimento de que a adoção é admissível (o que só deve ser feito de

³²⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. A colocação em família substituta: guarda, tutela e adoção. In: _____. **Direito da Criança e do Adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 263.

³³⁰ “É necessário apontar, contudo, que alguns autores defendem a possibilidade da adoção pelos avós, sob o argumento de que o legislador preocupou-se com o aspecto puramente patrimonial, desconsiderando a face afetiva da questão.” (PEREIRA, Tânia da Silva. Adoção. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 379.)

forma excepcionalíssima), não é a melhor posição sucessória que deve obstá-la: ela será uma consequência do reconhecimento dessa possibilidade.

Argumento contrário à adoção pelos avós (e irmãos) mais compatível com um Direito das Famílias em sua leitura contemporânea é o apresentado por Digiácomo e Digiácomo, por ressaltar a falta de real vantagem ao adotando:

O deferimento da adoção aos ascendentes e irmãos do adotando não lhe traria qualquer vantagem (o que de *per se* já se constituiria em impeditivo para a concretização da medida, *ex vi* do disposto no art. 43, do ECA), podendo em contrapartida lhe trazer prejuízos, seja devido à “confusão” decorrente da transformação de avós e irmãos em “pais”, seja em razão da perda dos direitos sucessórios em relação a seus pais biológicos. Para o amparo de crianças e adolescentes afastados do convívio dos pais junto a seus irmãos, suficiente e mais adequado o emprego dos institutos da *guarda* ou *tutela*, que não importam no rompimento de vínculos com seus pais biológicos, tal qual ocorre com a adoção.³³¹

Cabe destacar que a adoção, de acordo com Tânia Pereira, apresenta requisitos objetivos e subjetivos. Dentre os objetivos: 1) a idade – deve o adotante ser maior de dezoito anos e ter pelo menos dezesseis anos a mais que o adotado; 2) prévio estágio de convivência (dispensado em alguns casos); 3) prévia inscrição no Cadastro Nacional de Adoção (dispensado em alguns casos); 4) consentimento ou destituição do poder familiar dos pais biológicos (registrais, na verdade), salvo na hipótese de serem desconhecidos, e consentimento do adotando se este for adolescente. Como requisitos subjetivos, aponta-se: 1) idoneidade do adotante; 2) motivos legítimos para a adoção (desejo da filiação); 3) reais vantagens para o adotando, por se tratar de medida excepcional (art. 43, ECA)³³².

A questão é se a adoção, nestes casos, representa de fato uma real vantagem ao adotando. Cumpre lembrar que há outras medidas de colocação em família substituta – guarda e tutela – e, neste caso, a colocação na família extensa é preferencial³³³.

³³¹ DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2010, p. 52.

³³² PEREIRA, T. da S.. Adoção, p. 377.

³³³ A doutrina aponta abundantemente para o risco de que as tentativas de colocação da criança ou do adolescente na família extensa se prolonguem demasiadamente e acabem por impossibilitar a adoção por estranhos àquela estrutura de parentesco mais bem-dispostos a darem os cuidados essenciais. Por todos, citamos Sávio Bittencourt: “A nova lei também acrescentou a possibilidade de que a

Se a criança ou o adolescente pode ser recebido pelos avós nas modalidades de guarda ou tutela, qual o ganho da utilização da adoção nestes casos? Para responder a tal questão, parece ser necessário um pequeno excursus para tratar das diferenças entre as diversas modalidades de colocação em família substituta, a saber, guarda, tutela e adoção³³⁴.

A guarda estatutária diverge da guarda do Código Civil. Esta última, regulada no Capítulo da “Proteção da Pessoa dos Filhos”, diz respeito a um elemento parcelar da autoridade parental. A guarda prevista no Estatuto é uma forma de colocação em família substituta, após impossibilidade de reinserção na família de origem³³⁵. Denote-se que, apesar da divisão entre essas modalidades de guarda por diploma legislativo, um faz referência à guarda regulada pelo outro, como se vê do art. 1.584, §5º, do CC/02 e do art. 22 do ECA.

Em princípio, a guarda incumbe aos pais (CC/02, art. 1.634, inciso II; ECA, art. 22), mas pode ser deferida a terceiros sem a autoridade parental. Ambos os institutos, guarda e a autoridade parental, podem conviver ou não – basta pensar que, em caso de pais que não coabitam, a guarda pode ser unilateral, sem que algum deles deixe de ter autoridade parental; do mesmo modo, a guarda pode ser deferida a terceiros sem que os pais tenham sido destituídos da autoridade parental. A guarda estatutária é deferida em quatro hipóteses:

- 1) para regularizar a posse de fato (art. 33, §1º, ECA), 2) como medida liminar ou incidental nos processos de tutela e adoção (art. 33, §1º, ECA), 3) como medida excepcional, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais

colocação em família substituta se dê entre parentes da criança ou adolescente, desde que existente relação de afinidade ou afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida. Essa medida deve ser aplicada com extremo cuidado, para que não se crie uma preferência unicamente baseada na consanguinidade, porque a colocação deve ser feita em ambiente que seguramente possa dar boas condições para a evolução da criança ou do adolescente.” (BITTENCOURT, Sávio. **A nova Lei de Adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 113.)

Partimos do pressuposto que os avós em questão detêm laços de afetividade e afinidade com os netos. Quando não o detiverem, a situação não recomendará sequer que eles detenham preferência em relação a outras famílias.

³³⁴ Conforme enunciado pelo art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. O ECA menciona outra forma: os programas de acolhimento familiar, que é uma forma temporária e preferencial ao acolhimento institucional enquanto se tenta ou reinserir a criança ou adolescente em sua família de origem ou inseri-la em uma família substituta; no entanto, tal situação já é contemplada no instituto da guarda, que é deferida à família acolhedora ou ao diretor do estabelecimento. Ver: LIMA, A. C. L. da. *Op. cit.*, p. 99.

³³⁵ DIGIÁCOMO; M. J.; DIGIÁCOMO, I. de A.. *Op. cit.*, p. 41.

ou responsável (art. 33, §2º, ECA) e 4) como medida judicial que estabelece a obrigatoriedade da medida no caso de o adolescente ser trazido de outra Comarca para prestar serviços domésticos (art. 248, ECA).³³⁶

Assevere-se que nem sempre a transferência a terceiros, mormente quando da família extensa, implica em necessário afastamento e muito menos desresponsabilização dos pais (como se vê do art. 33 do ECA, por exemplo):

a guarda constitui atributo inerente ao poder familiar, que é, por evidente, encargo dos pais. O seu exercício fora da família natural, quando entregue à família ampliada (avós, tios, irmãos), deve ser considerado uma transferência de cunho complementar a responsabilidade parental. [...] Em outras palavras, a guarda pela família extensa não possui a excepcionalidade contida no art. 19 do ECA, não somente por situar-se estrategicamente no mesmo capítulo da família natural (parágrafo único do art. 25), mas também por ser família suplementar que, na prática e com frequência, exerce tarefas parentais de cuidado direto das crianças e dos adolescentes.³³⁷

A guarda, quando não exclusivamente fática, confere direito de companhia do infante ou do adolescente, inclusive de se opor a terceiros – até mesmo os pais –, bem como impõe o dever de ministração dos cuidados diários. No entanto, não há qualquer influência no estado de pessoa do guardado, de modo que não se faz qualquer tipo de averbação em sua certidão de nascimento³³⁸.

A guarda por avós pode encontrar amparo legal em três situações das já mencionadas: regularização da “posse” de fato; medida preparatória da tutela; e para suprir a falta dos pais ou atender a situações peculiares. Há que se ter cautela, no entanto, para que a “situação peculiar” não seja tão somente obter direitos outros que não os cuidados dos netos. É conhecido o combate à guarda com fins exclusivamente previdenciários. Se é verdade que o Estatuto foi expresso em conferir direitos previdenciários ao pupilo (ECA, art. 33, §3º), este não pode ser o único fim, sob pena de se criar distorções.

³³⁶ LIMA, A. C. L. da. *Op. cit.*, p. 117.

³³⁷ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Guarda. In: _____ (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 227.

³³⁸ MACIEL, K. R. F. L. A.. *Op. cit.*, p. 220.

Hipótese comum é o requerimento em que os pais (em especial a mãe) residem com seu filho na casa dos avós. Ora, estando os pais aptos a exercerem todos os cuidados, não há justificativa para que a guarda seja deferida aos avós, apenas visando a condição de dependente para determinados fins. Por outro lado, é questionável a assertiva de Antonio Fonseca ao apontar que não há “situação de risco” a justificar a guarda se a mãe deixa seu filho aos cuidados dos avós³³⁹: esta hipótese, por mais que não seja efetivamente situação de risco, está a demandar a regularização da guarda fática, inclusive para demandar alimentos do ascendente omissos, se for o caso. Se verificado que é o caso de deferimento da guarda aos avós – por razões de companhia e cuidados próprios do cotidiano, fim precípua da guarda –, a consequência previdenciária é mera decorrência³⁴⁰. Em sendo deferida guarda avoenga, pelo Juízo de Família³⁴¹, não parece ser lícita a recusa de eventuais benefícios em razão da condição de dependente decorrente da guarda.

Ainda nesta questão da guarda para fins previdenciários, cumpre mencionar que a Lei n.º 9.528/1997, ao alterar o art. 16, §2º, da Lei n.º 8.213/1993, suprimindo a previsão do infante ou adolescente sob guarda do equiparado a filhos na condição de dependentes, entrou em conflito com o Estatuto da Criança e do Adolescente, havendo quem argumentasse que, por ser Lei especial, prevaleceria a Lei dos Benefícios Previdenciários sobre o Estatuto. A orientação das decisões da Terceira Seção do STJ parecia apontar neste sentido³⁴², mas julgados recentes advindos da

³³⁹ “Claro, sob o fundamento legal da situação peculiar podem ser cometidos alguns abusos, equívocos ou distorções, como a tentativa de pessoas que propositadamente deixam os filhos aos cuidados de parentes ou avós, para o fim de obterem vantagens pecuniárias/previdenciárias/fiscais, não se justificando o deferimento da guarda estatutária, que é excepcional e forma transitória para família substituta. Quando a mãe deixa a criança aos cuidados dos avós, mesmo que a situação perdure no tempo, não há situação de risco, porquanto o infante se encontra protegido na família extensa ou ampliada. Evidentemente, quando ocorrer a situação peculiar, devidamente comprovada pelo desaparecimento ou falta dos pais, ao guardião deve ser deferido o direito de representação legal, ou assistência, para que possa exercer os direitos e deveres que da guarda decorrem.” (FONSECA, A. C. L. da. *Op. cit.*, p. 121.)

³⁴⁰ “Importante mencionar que *não se admite a concessão da guarda apenas* para que o guardado possa figurar, junto à previdência social e/ou planos de saúde/seguridade privados, como dependente do guardião, pedido bastante comum efetuado por avós em relação a seus netos, quando os pais estão desempregados ou não possuem planos de saúde privados.” (DIGIÁCOMO, M. J.; DIGIÁCOMO, I. de A.. *Op. cit.*, p. 42.)

³⁴¹ Uma vez que a competência cível das Varas de Infância e Juventude é delimitada pelas situações de risco, nos termos do art. 148, parágrafo único, alínea a c/c art. 98 do ECA.

³⁴² Por todos: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. ECA. ROL DE DEPENDENTES. EXCLUSÃO. PREVALÊNCIA DA NORMA PREVIDENCIÁRIA. 1. **Em consonância com julgados prolatados pela Terceira Seção deste Tribunal, a alteração trazida pela Lei 9.528/97, norma previdenciária de natureza específica,**

Primeira Seção apontam em sentido diverso, concedendo benefícios previdenciários ao infante ou adolescente sob guarda³⁴³. Ou seja, ainda não há uma orientação definida no Superior Tribunal de Justiça.

deve prevalecer sobre o disposto no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e Adolescente. 2. Embargos de divergência acolhidos. (REsp 869.635/RN, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 16/02/2009, DJe 06/04/2009. **Grifo nosso.**)

³⁴³ Informativo de jurisprudência n.º 0546: "DIREITO PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO A CRIANÇA OU ADOLESCENTE SOB GUARDA JUDICIAL. No caso em que segurado de regime previdenciário seja detentor da guarda judicial de criança ou adolescente que dependa economicamente dele, ocorrendo o óbito do guardião, será assegurado o benefício da pensão por morte ao menor sob guarda, ainda que este não tenha sido incluído no rol de dependentes previsto na lei previdenciária aplicável. O fim social da lei previdenciária é abarcar as pessoas que foram acometidas por alguma contingência da vida. Nesse aspecto, o Estado deve cumprir seu papel de assegurar a dignidade da pessoa humana a todos, em especial às crianças e aos adolescentes, cuja proteção tem absoluta prioridade. O ECA não é uma simples lei, uma vez que representa política pública de proteção à criança e ao adolescente, verdadeiro cumprimento do mandamento previsto no art. 227 da CF. Ademais, não é dado ao intérprete atribuir à norma jurídica conteúdo que atente contra a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, contra o princípio de proteção integral e preferencial a crianças e adolescentes, já que esses postulados são a base do Estado Democrático de Direito e devem orientar a interpretação de todo o ordenamento jurídico. Desse modo, embora a lei previdenciária aplicável ao segurado seja lei específica da previdência social, não menos certo é que a criança e adolescente tem norma específica que confere ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, § 3º, do ECA). RMS 36.034-MT, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 26/2/2014."

Informativo de jurisprudência n.º 0561: "DIREITO ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESPECIAL DE EX-COMBATENTE A CRIANÇA OU ADOLESCENTE SOB SUA GUARDA. Na hipótese de morte do titular de pensão especial de ex-combatente, o menor de dezoito anos que estava sob sua guarda deve ser enquadrado como dependente (art. 5º da Lei 8.059/1990) para efeito de recebimento, na proporção que lhe couber, da pensão especial (art. 53, II, do ADCT) que recebia o seu guardião. Da leitura do art. 5º da Lei 8.059/1990, verifica-se que o legislador não incluiu o menor de dezoito anos sob guarda no rol dos beneficiários da pensão especial. Essa omissão, contudo, não tem o condão de afastar a pretensão do menor de dezoito anos de receber a aludida vantagem, uma vez que o art. 33, § 3º, da Lei 8.069/1990 (ECA) dispõe: "a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários". Nessa perspectiva, a ênfase dada para que essa condição especial do menor de dezoito anos envolva, inclusive, os benefícios previdenciários não pode conduzir a uma interpretação restritiva e contrária ao próprio espírito da norma, que cuidou de proporcionar uma proteção mais ampla aos direitos e interesses dos infantes. Além disso, o art. 227 da CF exige da família, da sociedade e do Estado a conjugação de esforços no sentido de prestar atendimento prioritário a todos os interesses de crianças e adolescentes. Assim, o ECA se encontra em absoluta sintonia com a diretriz hermenêutica demarcada no plano constitucional, não sendo admissível a exegese de que a pensão especial de ex-combatente, por não possuir natureza previdenciária, afastaria a aplicação da regra prevista no ECA. Nessa ordem de ideias, do cotejo entre a Lei 8.059/1990 (art. 5º) e o ECA, este diploma legal, mais benéfico, deve prevalecer, em razão do critério da especialidade. REsp 1.339.645-MT, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 3/3/2015, DJe 4/5/2015."

Informativo de jurisprudência n.º 0572: "DIREITO ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO ESPECIAL DE EX-COMBATENTE A NETO MENOR DE IDADE SOB SUA GUARDA. Diante da morte de titular de pensão especial de ex-combatente, o seu neto menor de dezoito anos que estava sob sua guarda deve ser enquadrado como dependente (art. 5º da Lei 8.059/1990) para efeito de recebimento da pensão especial que recebia o guardião (art. 53, II, do ADCT), dispensando-se, inclusive, o exame de eventual dependência econômica entre eles. De fato, o art. 5º da Lei 8.059/1990 não atribui a condição de dependente ao neto menor de dezoito anos e que estava sob a guarda do falecido titular de pensão especial de ex-combatente. Todavia, essa omissão não tem o condão de afastar o direito daquele à pensão aqui analisada, diante do disposto no art. 33, § 3º, do ECA - norma específica,

A guarda não implica, necessariamente, em poderes de representação do infante ou adolescente. Esse ponto e o caráter essencialmente temporário da guarda diferenciam-na da tutela.

A tutela é instituto jurídico protetivo de crianças e adolescentes que não se encontram sob a autoridade parental de nenhum dos pais:

A tutela é instituto de proteção de menores mediante a qual é outorgada a representação, o governo e assistência dos menores de idade que carecem dos pais, seja porque um dos progenitores é incapaz e o outro é ausente; ou ambos são ausentes; ou mesmo ambos sejam incapazes; seja porque tenham sido privados do poder familiar, ou porque o exercício do poder familiar tenha sido judicialmente suspenso; ou porque tenham falecido.

A finalidade da tutela é a proteção e representação legal, oficial dos menores de idade cujos pais não podem exercer o poder familiar, tratando-se, portanto, de uma instituição jurídica substitutiva do poder familiar e finaliza com a maioridade do tutelado que em razão da sua idade não pode exercer por si seus direitos e contrair obrigações, em contrapartida da curatela que não tem termo de finalização, salvo que o incapaz recobre sua plena capacidade de discernimento.³⁴⁴

A proteção adicional da tutela em relação à guarda é o múnus que se atribui ao tutor de bem administrar a vida patrimonial do infante, sem, no entanto, se descurar que há um forte aspecto existencial, pois cumpre-lhe o dever de educação, correção e demais deveres inerentes aos pais (CC, art. 1.740). Indispensável destacar que, apesar da forte preocupação codificada mais com aspectos patrimoniais da tutela, esta deve ser encarada principalmente na ótica do Estatuto, qual seja, a de garantia da convivência familiar³⁴⁵.

A tutela pressupõe a inexistência da autoridade parental, tanto que, para além das hipóteses em que o adolescente deixaria de estar sob autoridade dos pais (maioridade e emancipação), está prevista a extinção da tutela por retomada dos pais

segundo a qual o vínculo da "guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos, inclusive previdenciários" -, bem como tendo em vista o Princípio da Prioridade Absoluta assegurada pela Constituição Federal (art. 227, caput, e § 3º, II) e a Doutrina da Proteção Integral da criança e do adolescente, estampada no art. 1º do ECA. Além disso, dispensa-se o exame de eventual dependência econômica, visto ser presumida por força da guarda do menor pelo instituidor do benefício. Precedente citado: REsp 1.339.645-MT, Primeira Turma, DJe 4/5/2015. REsp 1.550.168-SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 15/10/2015, DJe 22/10/2015."

³⁴⁴ MADALENO, R.. **Curso...**, p. 1241.

³⁴⁵ RODRIGUES, Renata de Lima. A proteção dos vulneráveis: perfil contemporâneo da tutela e da curatela no sistema jurídico brasileiro. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **Direito das Famílias por juristas brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 663.

de sua autoridade parental, reconhecimento de filiação ou adoção: “Nestas últimas três hipóteses, a proteção volta a ser exercida pelos pais como detentores da autoridade parental”³⁴⁶.

Por fim, a adoção é o instituto mais radical de ruptura com a família de origem. Impõe que todos os laços com seus pais registrais anteriores³⁴⁷ – exceto impedimentos matrimoniais – sejam rompidos, a fim de que se formem novos com os pais adotantes e sua família.

Impõe-se, para o deferimento da adoção, o consentimento dos pais registrais ou a ausência de autoridade parental, seja em decorrência de sua destituição, seja porque os pais são falecidos. Ademais, o Estatuto, após a reforma promovida pela Lei n.º 12.010/2009, também versa sobre a necessidade de esgotamento de inserção na família extensa.

O cuidado a ser tomado na interpretação de tal diretriz deve ser redobrado. Se, por um lado, deve-se preservar ao máximo a convivência familiar da criança e do adolescente, por outro as tentativas não podem perdurar *ad eternum*, pois, como é sabido, o tempo da criança é sempre mais sensível.

Todas as atribuições ínsitas ao múnus da autoridade parental são passadas aos adotantes. Isso porque a adoção é plena, não há quaisquer ressalvas a não ser a manutenção dos impedimentos matrimoniais.

Feito este excursus, retoma-se o questionamento: há reais vantagens para o neto ao ser adotado por seus avós?

Um argumento utilizado com frequência pelos opositores da regra é o de que os avós, com muita frequência, exercem cuidados diretos de seus netos³⁴⁸. Contudo,

³⁴⁶ *Idem, ibidem.*

³⁴⁷ A maioria da doutrina, quando trata do tema, menciona que a adoção desfaz os vínculos com os pais biológicos. Com a devida vênia, tal assertiva é equivocada, pois pressupõe implicitamente que os pais registrais sejam sempre os pais biológicos. Como já se viu em momentos anteriores, o discurso do parentesco, apesar de ter adotado como referência a consanguinidade, na verdade se fundava essencialmente na família matrimonializada. O discurso jurídico, hoje, apresenta vários aspectos, incluindo a socioafetividade, mas também passando pelas técnicas de reprodução humana assistida, de modo que não é possível confundir a paternidade jurídica com o vínculo de consanguinidade, amiúde dissociados.

³⁴⁸ Como, por exemplo, aponta Hirschfeld: “Apesar da proibição, nada impede que os avós continuem assumindo a responsabilidade dos netos quando os genitores forem omissos ou sem condições de cuidarem da criação de seus filhos.

Os avós, pelo afeto que dedicam aos netos, bem como por sua experiência de vida e estabilidade pessoal, estão supostamente mais qualificados do que aqueles que têm permissão legal para adotar, como os maiores de dezoito anos e os casais que vivem em união estável.” (HIRSCHFELD, Adriana

parece que justificar a adoção por conta desse argumento seria uma situação extremamente problemática, pois daria chancela a comportamentos que o Direito das Famílias não se destina a tutelar.

Como se deteve em outro capítulo³⁴⁹, as relações avoengas contemporâneas tomaram feições muito próprias. Se o momento histórico anterior conduziu à nuclearização das famílias, o momento atual tem a marca própria de uma valorização individual, que tem por efeito o aumento de número de rupturas conjugais e filiação à margem de relações de conjugalidade. Ademais, se a situação atual é de um momento de crise nos sistemas previdenciários, o estrato populacional mais idoso foi beneficiado por uma fase de ascendência destes sistemas, de modo que amiúde eles auxiliam financeiramente e até sustentam os filhos e os netos³⁵⁰.

É frequente a coparticipação dos avós na criação dos netos. Inclusive, não é raro o exercício de papéis parentais mesmo que os pais não sejam ausentes. Pense-se, por exemplo, na hipótese nada incomum de pais que não formaram uma união estável ou casamento ou que vieram da ruptura de uma relação de conjugalidade, sendo que a mãe reside com seus pais, avós maternos de seu filho, e o pai da criança, não guardião, convive com o filho em regime de visitação em finais de semana alternados. Nesses casos não é infrequente que seja o avô materno quem, no cotidiano, exerça o papel paterno do ponto de vista da psicologia³⁵¹.

Kruchin. A adoção pelos avós. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Adoção**: aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 19.)

³⁴⁹ Ver item 2.2.

³⁵⁰ Os avós têm passado de um papel de “avô com açúcar”, cuja função era “mimar” e “estragar” os netos, para um papel mais ativo na criação destes: “Não se pode afirmar que não exista mais esse tipo de relação. Contudo, por mudanças diversas, tem havido um aumento considerável de casos em que os avós passam a desempenhar o papel de pais, em alguns casos com todas as funções pertinentes, deixando de viver a experiência de serem simplesmente avós. Dellman-Jenkins et al. dizem que os avós tiveram seus papéis expandidos, e agora eles têm netos vivendo consigo, obtém sua custódia legal e lhes oferecem cuidados diários, além de se responsabilizarem também financeiramente por eles. A forma de vivenciar esses papéis, que não lhes são novos, mas acontece em novas circunstâncias, é bastante diversificada podendo sofrer influência de fatores como, por exemplo, os arranjos familiares.” (LOPES, Ewellyne Suely de Lima; NERI, Anita Liberalesso; PARK, Margareth Brandini. Ser avós ou ser pais: os papéis dos avós na sociedade contemporânea. In: Textos sobre envelhecimento, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2005. Disponível em: <http://revista.unati.uerj.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-59282005000200006&lng=pt&nrm=iso#11>. Último acesso em 03 de fevereiro de 2016, às 22h14.)

³⁵¹ “Por outro lado, com o avanço do conhecimento ‘psi’ podemos verificar que a paternidade não é um fato da natureza, mas, antes, um fato cultural. Em outras palavras, paternidade é uma função exercida, ou um lugar ocupado por alguém, não necessariamente o pai biológico. Neste sentido, o lugar do pai pode ser ocupado por outra pessoa, como o irmão mais velho, o avô, o namorado da mãe etc. Isso não significa que a paternidade biológica não deve mais ser considerada pelo direito.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; GROENINGA, Giselle

Por coerência, defender-se-ia que o exercício de funções parentais e o sustento financeiro dos avós conduziria à adoção avoenga? Em caso afirmativo, excluir-se-ia os nomes do pai para inserir apenas o nome do avô, do pai para inserir o nome de ambos os avós, de ambos os pais para inserir de ambos os avós ou não se excluiria nenhum e inserir-se-ia o de ambos os avós, em um novo e prodigioso caso de multiparentalidade? Se, ao contrário, a resposta da primeira pergunta é negativa – e parece ser –, há algum elemento de *discrimen* em relação à hipótese dos que defendem essa modalidade de adoção, ignorando a vedação legal?

Se, no caso-tipo mencionado, há o exercício pelos avós de função tipicamente parental, falta um outro elemento que o permitiria se igualar ao caso-tipo citado pelos defensores da adoção avoenga: o abandono parental.

Neste contexto, de fato, pode-se fazer, grosso modo, uma divisão em dois tipos de relação avoenga coabitacional, a depender se os pais integram a rotina cotidiana (formando uma família nuclear trigeracional) ou não (uma relação avoenga “pura”), sendo que na causa desta última modalidade está, com frequência, o pai/mãe negligente ou violento:

Procurando compreender as diferentes causas e conseqüências de duas situações distintas de cuidado – com ao menos um dos pais presentes no lar e com ambos os pais ausentes – Goodman & Silverstein empreenderam uma pesquisa com 1.058 indivíduos. Em relação às principais causas referentes à primeira situação estão: a ajuda financeira, o divórcio e a necessidade de os pais das crianças trabalharem. Quanto à segunda situação, o uso de drogas e problemas mentais ou emocionais das mães, bem como negligência destas para com os filhos são as causas mais destacadas. As relações entre avós e netos são igualmente próximas nos dois tipos de estrutura familiar, mas há mais conflitos na segunda, sugerindo que tais conflitos possam ser decorrentes da responsabilidade parental pela disciplina das crianças. Referente ao estresse gerado pelas situações, eles encontraram que cada uma traz consigo eventos estressores diferentes e que a relevância dos mesmos é condicionada pelas expectativas dos avós sobre a estrutura familiar, expectativas essas delineada pelo contexto cultural em que se inserem.³⁵²

Interpretando o posicionamento favorável à adoção por avós, é possível afirmar que são necessários dois pré-requisitos para que se supere a barreira legal:

Câmara (coord.). **Direito de Família e Psicanálise**: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 223.)

³⁵² LOPES, E.S. de L.; NERI, A.L.; PARK, M.B.. *Op. cit.*.

os avós devem exercer os cuidados dos netos em posição equivalente aos pais; os pais devem ser completamente ausentes, seja pela morte, seja por destituição da autoridade parental, seja pelo completo abandono afetivo e material (ainda que este não tenha ainda conduzido à destituição). Pois bem, assumindo que seja tal a proposta dos favoráveis à adoção avoenga, resta verificar se, ainda assim, a adoção por avós traria reais benefícios ao adotando.

Tendo em vista que há a possibilidade de deferimento de guarda – para os casos em que os pais não estão destituídos da autoridade parental, mas os avós exercem os cuidados principais – e de tutela – para os casos em que os pais faleceram ou foram destituídos da autoridade parental –, não há ganho em termos de convivência familiar. Através dessas outras modalidades de colocação na família substituta, preservando a diretriz de preferência à família extensa se com eles a criança ou o adolescente tiver laços de afetividade e afinidade, os avós já poderão exercer os cuidados. Enquanto avós, ainda que os cuidados da guarda e da tutela sejam tipicamente parentais. Não deixariam de exercer outras funções, como conselheiros e de papel de guardiões da memória familiar.

Que outro papel teria a adoção avoenga que não eliminar as figuras parentais para tornar as figuras avoengas a única referência na vida dos netos, portanto? Substituir os pais que – teriam que sustentar os avós para fazer prevalecer seu pedido – seriam tão omissos e desnecessários? Talvez em alguns casos a justificativa seja verdade. Em outros, no entanto, essa pode ser uma situação de falsa omissão parental.

Há uma diferença entre os pais não tão esmerados ou excessivamente atribulados, que não cuidam a contento de seus filhos e relegam aos avós, parcialmente (ainda que de forma quase integral em alguns casos), o cuidado da prole, e os maus pais, completamente omissos ou mesmo presentes para impor extremo sofrimento aos filhos – como nos casos de abuso sexual. Talvez, neste último caso, a imagem parental não fizesse falta ou até mesmo fosse prejudicial. Mas a regra, por outro lado, impede a exclusão da imagem parental pelo capricho de avós que não sabem o limite de seu papel de avós³⁵³. É situação muito comum, por exemplo, na

³⁵³ O conflito entre pais e avós na definição de limites de seus papéis é uma situação um tanto comum, sem que isso desborde para situações de prejuízo aos netos. Bem explica esse comportamento, em entrevista, a psicóloga Elizabeth Monteiro: “A psicóloga [Elizabeth Monteiro] diz que a maioria dos

maternidade precoce de adolescentes, que não conseguem formar um novo núcleo familiar e detêm alto grau de dependência dos pais. Ainda que, inicialmente – e talvez por toda a vida –, a jovem mãe não detenha condições de exercer sua maternidade sozinha, isso não implica que a avó deva necessariamente substituí-la, o que não é compreendido por muitas pessoas em tal situação:

Lagôa mencionou que muitas adolescentes não agüentam a situação e entregam os filhos para suas mães, sendo essas crianças criadas como irmãs. Nessas situações ocorre muitas vezes o conflito de papel, ou seja, a ocorrência simultânea de dois (ou mais) conjuntos de pressões, de tal forma que o cumprimento de uma delas tornaria difícil ou mesmo impossível o cumprimento da outra. Na pesquisa de Silva e Salomão realizada com mães adolescentes e avós maternas dos bebês de baixa renda da cidade de João Pessoa, a maioria das mães morava com sua família de origem, as avós dos bebês assumiam mais o papel de cuidar/apoiar a filha e o(a) neto(a), desenvolvendo, muitas vezes, o papel de mães substitutas. Em alguns casos havia manifestações do desejo de registrar o(a) neto(a) como filho(a), denotando o conflito de papéis entre ser mãe e avó do bebê.³⁵⁴

Deve-se ter em conta que a ideia da defesa da regra do interdito à adoção avoenga, para além das justificativas de confusão de parentesco (que mais se preocupa com direitos sucessórios e impedimentos matrimoniais do que com a condição existencial das pessoas envolvidas), pode também ser destinada a evitar a chancela jurídica ao comportamento patológico da alienação parental que visa excluir o pai/mãe em prol de avós que, sob um móvel egoístico, se afirmam pais e agem para influenciar o psicológico dos netos. Um avô, para exercer seu papel, não tem necessidade de se afirmar pai. O neto pode até reconhecer que foi criado e educado por seus avós e nem por isso precisa ter a imagem de que são pais – e provavelmente não a terá se não for propositalmente induzido a isso.

Tendo como premissa que é necessário evitar a chancela a este tipo de comportamento, somado ao fato de que, nas situações normais, não se vislumbra benefício ao infante ou ao adolescente decorrente da adoção avoenga se comparada

conflitos em torno do neto vem, por um lado, da necessidade de autoafirmação dos pais diante de seus próprios pais e, pelo outro, da dificuldade dos avós em abrir mão do poder para que seus filhos cuidem das crianças por si mesmas.” (Disponível em: <<http://avosidade.com.br/elizabeth-monteiro-ter-netos-sem-discordia/>>. Último acesso em 03 de fevereiro de 2016, às 23h07.) A questão de preocupação é quando os conflitos entre autoridade parental e o olhar avoengo se tornam insustentáveis e até mesmo predatórios.

³⁵⁴ FALCÃO, D. V. da S.; SALOMÃO, N. M. R.. O papel dos avós na maternidade adolescente, p. 209.

com as outras figuras de inserção na família extensa, entende-se que a vedação à adoção por avós se justifica. Por mais que os favoráveis à adoção avoenga acabem por indicar como elemento positivo para a hipótese a aproximação afetiva que os avós já têm com os netos, essa é justamente o ponto que a torna de difícil aprovação: o lugar do avô é uma posição afetiva privilegiada e, assim, nenhuma outra forma de afirmação é necessária; ao contrário, outra família substituta necessita da segurança, tanto para os novos cuidadores como para a criança, de que se trata de uma verdadeira relação paterno-filial. O avô guardião ou tutor é, antes de tudo, avô. O guardião ou tutor terá um salto qualitativo muito grande na relação com a criança se passar a ser pai.

Outro ponto que merece destaque é que os pais da criança serão dela desligados, bem como os avós do outro tronco familiar. Ainda que se tenha pais omissos, a manutenção do vínculo com eles permite exigir que cumpram, ao menos, deveres alimentares em relação à criança, o que a adoção avoenga excluiria. Ademais, eliminam os elos com a família extensa de origem. Se, por exemplo, os avós maternos adotarem a criança, esta deixará de ter parentesco com os avós paternos. Sem uma pesquisa séria dos vínculos de afetividade e afinidade do infante e de eventuais influências no discurso infantil sobre o seu outro tronco genealógico, tal medida se torna temerária, podendo trazer sérios prejuízos à convivência familiar do adotando.

Ainda na temática da ausência de reais benefícios à criança com a adoção avoenga, se vislumbra um prejuízo de ordem patrimonial, qual seja, a falta de prestação de contas. O múnus da tutela importa no dever de periodicamente dar conta de como tem sido gerido o patrimônio do pupilo (CC, art. 1.755 e seguintes). Ademais, quando o neto tiver grande patrimônio, o avô tutor, salvo reconhecida idoneidade, deverá prestar caução (CC, art. 1.745, parágrafo único). Caso se autorize a adoção avoenga, o avô, ao assumir a condição de pai, deixa de ter o dever de prestar contas. Poderá ser obrigado, quando muito, a pedir alvará judicial para poder alienar bens (CC, art. 1.690), bem como enquanto tutor teria como vantagem a autorização legal de utilizar os bens do neto para arcar com seu sustento (CC, art. 1.746), mas por outro lado será usufrutuário dos bens desse neto-filho e os administrará (CC, art. 1.689). Se não se pode analisar a relação afetiva a partir dos efeitos patrimoniais, a eventual intenção de se beneficiar com tais efeitos sem que haja realmente um substrato afetivo não pode ser desconsiderada.

Em síntese: por falta de reais benefícios ao adotando, inclusive por ser situação decorrência ou motivo de conflitos familiares, a proibição da adoção avoenga pelo legislador é uma escolha legítima. Há fundamentos para o *discrimen* legislativo, não se tratando de discriminação inconstitucional em relação aos avós, pois a sua relação com os netos é especialmente imantada de significados. Não há qualquer violação ao princípio da igualdade neste tocante.

Entretanto, retomando a temática da maternidade precoce, parece haver casos em que realmente é justificável a adoção avoenga. Cite-se julgado importantíssimo do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. No caso analisado, tratava-se de uma criança que foi adotada quando contava com oito anos de idade e, já nessa idade, gestava em razão de abuso sexual sofrido. Os pais adotantes passaram a exercer a parentalidade em relação ao rebento da infante e vieram ao Judiciário pedir a regularização de tal situação³⁵⁵.

Da ementa, muito explicativa do caso concreto em análise, ressalta-se peculiaridades diversas do que se debateu até o momento. Cumpre lembrar que,

³⁵⁵ ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ADOÇÃO C/C DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR MOVIDA PELOS ASCENDENTES QUE JÁ EXERCIAM A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. SENTENÇA E ACÓRDÃO ESTADUAL PELA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MÃE BIOLÓGICA ADOTADA AOS OITO ANOS DE IDADE GRÁVIDA DO ADOTANDO. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. SUPOSTA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 39, § 1º, 41, CAPUT, 42, §§ 1º E 43, TODOS DA LEI N.º 8.069/90, BEM COMO DO ART. 267, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA. DISCUSSÃO CENTRADA NA VEDAÇÃO CONSTANTE DO ART. 42, § 1º, DO ECA. COMANDO QUE NÃO MERECE APLICAÇÃO POR DESCUIDAR DA REALIDADE FÁTICA DOS AUTOS. PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA GARANTIA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ART. 6º DO ECA. INCIDÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DA NORMA FEITA PELO JUIZ NO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. ADOÇÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Ausentes os vícios do art. 535, do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração. 2. As estruturas familiares estão em constante mutação e para se lidar com elas não bastam somente as leis. É necessário buscar subsídios em diversas áreas, levando-se em conta aspectos individuais de cada situação e os direitos de 3ª Geração. 3. Pais que adotaram uma criança de oito anos de idade, já grávida, em razão de abuso sexual sofrido e, por sua tenríssima idade de mãe, passaram a exercer a paternidade socioafetiva de fato do filho dela, nascido quando contava apenas 9 anos de idade. 4. A vedação da adoção de descendente por ascendente, prevista no art. 42, § 1º, do ECA, visou evitar que o instituto fosse indevidamente utilizado com intuítos meramente patrimoniais ou assistenciais, bem como buscou proteger o adotando em relação a eventual "confusão mental e patrimonial" decorrente da "transformação" dos avós em pais. 5. Realidade diversa do quadro dos autos, porque os avós sempre exerceram e ainda exercem a função de pais do menor, caracterizando típica filiação socioafetiva. 6. Observância do art. 6º do ECA: na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. 7. Recurso especial não provido.

(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial 1448969/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 03/11/2014.)

neste trabalho, impugnou-se a defesa da adoção avoenga que se basearia em dois requisitos – exercício das funções parentais pelos avós; pais ausentes, omissos, mortos, impossibilitados de exercer o poder familiar. Ora, no caso analisado pelo STJ é possível visualizar mais alguns elementos fáticos: i) uma paternidade socioafetiva *ab initio*, de modo que o neto só conheceu os avós como pais; ii) a mãe apresentava um grau maior de vulnerabilidade concreta, pois não apenas era menor de dezoito anos, mas era uma criança e, ainda por cima, vítima de violência sexual e submetida a adoção nesta idade³⁵⁶; iii) a maternidade era, potencialmente, grande causa de sofrimento à mãe.

Parece que se, para além dos dois requisitos anteriormente analisados, aparecerem dois dos três últimos citados concomitantemente, é possível reconhecer excepcionalmente a adoção avoenga como possibilidade viável. Pense-se, por exemplo, em uma vítima de violência sexual que, engravidando do ato, convencida por sua família a não usar seu direito legal ao abortamento, entrega a prole para que seus pais criem. Ora, neste caso a mãe tem uma escusa legítima para que, ainda que conviva com a filha (como irmã), não queira se apresentar como sua mãe para não rememorar o estupro sofrido e, se a filha jamais a conheceu como mãe, não terá o prejuízo de ter a figura eliminada posteriormente de sua vida. Do mesmo modo, se alguém especialmente vulnerável, como uma criança – que demorará a ter maturidade para cuidar do filho –, tem um filho e os avós já o assumem *ab initio*, acostumando-se os dois vulneráveis com a ideia de convivência entre irmãos, a medida pode ser tida como benéfica. Por fim, ainda que não se trate de uma paternidade/maternidade socioafetiva exercida pelos avós desde o princípio, mas sendo a mãe especialmente vulnerável e gerando a maternidade especial sofrimento a esta, a conduta dos avós será insuspeitamente humanitária.

Pôde-se traçar as balizas a partir do julgado do Superior Tribunal de Justiça que, atendendo às peculiaridades do caso concreto, estabeleceu uma exceção que confirma a regra. Nos casos de tentativa de adoção avoenga em geral, há motivos

³⁵⁶ Entendemos que a adoção, aos nove anos de idade, é um forte indicativo de vulnerabilidade. Tivemos oportunidade de tangenciar sobre o tema da dificuldade da adoção em nossa monografia (**A participação da família natural na adoção**), em que já apontamos que há grande preferência por adoção de meninas de até 3 anos de idade. A tendência é, passada a idade preferida pelos candidatos à adoção, de que a medida de acolhimento institucional se prolongue no tempo e essa medida, por sua vez, desumaniza, retira do sujeito em desenvolvimento a convivência familiar que o permite individualizar-se.

sérios para crer que a medida gera muito menos benefícios do que os potenciais malefícios, sendo suficiente a guarda ou a tutela para atender-lhes. Nas diretrizes ora indicadas, torna-se a conduta avoenga direcionada indubitavelmente ao bem-estar da mãe e da criança envolvidas.

4.4 ALIMENTOS AVOENGOS

O significado jurídico atribuído ao significante alimentos, como se sabe, é muito mais amplo do que o significado coloquial³⁵⁷. Alimentos são “o meio adequado para alcançar os recursos necessários à subsistência de quem não consegue por si só prover sua manutenção pessoal, em razão da idade, doença, incapacidade, impossibilidade ou ausência de trabalho”³⁵⁸.

Os alimentos encontram fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, em especial no direito à integridade física, o qual inclui o direito à vida. Encontra, ainda, consonância com a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, o que significa afirmar a inclusão no instituto de valores não apenas relativos à subsistência, mas também para garantia do direito à saúde, à educação, ao lazer e à habitação³⁵⁹. Ainda, encontra forte amparo no princípio da solidariedade³⁶⁰ e, mais especificamente no Direito das Famílias, em sua leitura de princípio da afetividade no aspecto criador de deveres jurídicos.

Divide-se os alimentos quanto à sua natureza: são ditos alimentos naturais quando se destinam tão somente ao essencial para subsistência, ou seja, estritamente ao direito à vida – alimentação, cura, vestuário e habitação em grau mínimo, apenas

³⁵⁷ “A palavra ‘alimento’ tem, em direito, acepção técnica. Na linguagem comum significa o que serve à subsistência animal; juridicamente, os ‘alimentos’ compreendem tudo que é necessário ao sustento, à habitação, à roupa (Ordenações Filipinas, Livro I, Título 88, §15: ‘... o que lhes necessário fôr para seu mantimento, vestido e calçado e todo o mais’), ao tratamento de moléstias e, se o alimentário é menor, às despesas de criação e educação (Ordenações Filipinas, Livro I, Título 88, § 15: ‘E mandará ensinar a ler e escrever àqueles que forem para isso’).” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito de Família**: parentesco. 3. ed. rev. e aum.. São Paulo: Max Limonad, v. 3, 1947, p. 197.)

³⁵⁸ MADALENO, R. **Curso...**, p. 907.

³⁵⁹ Ver: CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: do direito de família (arts. 1.591 a 1.710). São Paulo: Saraiva, v. 18, 2004, p. 436-438.

³⁶⁰ “A obrigação de alimentos repousa sobre uma relação de parentesco. Nessa medida, ela é expressão da solidariedade familiar.” (OLIVEIRA, J. L. C. de; MUNIZ, F. J. F.. *Op. cit.*, p. 55.

no essencial para sobrevivência; os alimentos civis ou congruos são destinados à manutenção de condição social do credor, ou seja, além de incluir as verbas dos alimentos naturais e em grau compatível com a condição financeira do alimentante, incluem o lazer e necessidades de ordem intelectual e moral³⁶¹.

Ainda, podem ser os alimentos subdivididos em razão da causa jurídica: os alimentos legítimos são aqueles fixados por força de Lei; os voluntários decorrem de um ato de vontade do alimentante; os alimentos indenizatórios de ato ilícito³⁶².

Em relação aos alimentos legítimos destinados a parentes e cônjuges/companheiros, os alimentos naturais estão previstos no §2º do art. 1.694 do Código Civil atual, enquanto os alimentos congruos ou civis estão previstos em seu *caput*³⁶³.

Os alimentos prestados por avós e netos são, em princípio, legítimos e congruos. Diz-se em princípio porque podem ser naturais, se a situação de necessidade decorrer por culpa do alimentando, e podem ser voluntários, se não preencherem os requisitos e ainda assim, por liberalidade, o avô ou neto constituir-los por ato voluntário.

O Código prevê que os ascendentes e descendentes em geral estão obrigados entre si a pagar alimentos, sendo que preferencialmente se buscará entre os ascendentes, levando-se em conta que primeiramente estão obrigados os de graus mais próximos, depois os mais remotos, e somente após entre os descendentes quem possa prestá-los.³⁶⁴

³⁶¹ MADALENO, R. *Curso...*, p. 909.

³⁶² *Ibidem*, p. 912.

³⁶³ “Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. § 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.”

³⁶⁴ “Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaiando a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.”

Assim comenta Maria Berenice Dias: “A obrigação alimentar não é somente dos pais em decorrência do poder familiar. Existe a reciprocidade de obrigação alimentar entre os pais e filhos (CF 229 e CC 1.696), ônus que se estende a todos os **ascendentes**, recaiando sempre nos mais próximos. Se o parente que deve alimentos em primeiro lugar não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, são chamados a concorrer os parentes de **grau imediato** (CC 1698). Assim, a obrigação alimentar, primeiramente, é dos pais, e, na ausência de condições de um ou ambos os genitores, transmite-se o encargo aos ascendentes, isto é, aos avós, parentes em grau imediato **mais próximo**.” (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 563.)

A interpretação que decorre dos dispositivos: primeiro se busca alimentantes entre os ascendentes de 1º grau; após, caso os pais estejam impossibilitados totalmente ou parcialmente, demanda-se entre os ascendentes de 2º grau, 3º grau e assim sucessivamente, até se esgotarem os ascendentes vivos; somente após é que se busca entre os descendentes. Assevere-se que a obrigação dos ascendentes de 2º grau em diante é sucessiva, subsidiária e complementar³⁶⁵, enquanto que a obrigação dos descendentes é sucessiva e subsidiária em relação aos ascendentes; mas não condiciona o Código o seu chamamento aos graus, mas à ordem da sucessão. Poder-se-ia cogitar, por exemplo, que os netos de pai falecido seriam chamados juntamente com seu tio ainda vivo para auxiliar no sustento do avô, em razão do direito de representação na sucessão.

Como decorre da Lei, os ascendentes serão chamados a contribuir antes dos descendentes, independentemente de grau, espelhando-se na relação paterno-filial. Tal situação é uma suposição equivocada de que os ascendentes terão melhor condição financeira do que seus descendentes. Se é certo que os descendentes são (quase) sempre dependentes financeiramente enquanto crianças e adolescentes, o avançar da idade pode inverter a situação. Pensemos na hipótese de uma família com quatro gerações vivas ao mesmo tempo – o que, com a maior longevidade, não é nenhum absurdo. Suponha-se que a 3ª geração (pai), por volta de seus quarenta anos, passe necessidades. Estará ele obrigado a buscar antes a 2ª geração (avô) e, na falta deste, a 1ª geração (bisavô), provavelmente idoso de idade muito avançada, antes de ir buscar na 4ª geração (filho), possivelmente jovem. Terá o juiz que

³⁶⁵ DIAS, M. B.. **Manual...**, p. 563. Tal decorre do art. 1.698: “Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.”. No mesmo sentido, o STJ já decidiu: “CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. ALIMENTOS. **AVÓS. RESPONSABILIDADE SUCESSIVA E COMPLEMENTAR. PRECEDENTES.** RECONHECIMENTO DA IMPOSSIBILIDADE DE PRESTAÇÃO PELO PAI PERANTE A INSTÂNCIA RECURSAL ORDINÁRIA. VALOR DOS ALIMENTOS. REVISÕES QUE DEPENDEM DE INCURSÃO NA MATÉRIA FÁTICA DA LIDE (SÚMULA 7 DO STJ). **I. Nos termos da jurisprudência consolidada do STJ, a responsabilidade dos avós em prestar alimentos é sucessiva e complementar.** II. Tendo a corte local reconhecido a impossibilidade do pai em prover os alimentos, rever o referido posicionamento quanto à sua capacidade impõe reexame da matéria fática da lide, o que é vedado em sede de recurso especial, conforme o enunciado nº 7 da Súmula do STJ. III. A revisão do valor dos alimentos fixado pelas instâncias ordinárias esbarra, igualmente, no reexame de matéria fática da lide (Súmula 7/STJ). IV. Recurso especial não conhecido. (REsp 858.506/DF, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 15/12/2008. **Grifo nosso.**)

apresentar muito equilíbrio na avaliação da possibilidade do alimentante em situação em que os ascendentes anciãos forem demandados.

Pensando neste exemplo de uma família tetrageneracional, se o avô, caso idoso, tiver necessidade de alimentos, sua situação não exige que demande primeiramente seu pai (o bisavô). Isso porque há, no Estatuto do Idoso, a previsão de que a obrigação alimentar é solidária e pode o idoso optar entre os prestadores³⁶⁶ (art. 12³⁶⁷). A interpretação da previsão estatutária não pode ser esvaziada de sentido.

Assevere-se de que a interpretação do art. 12 do Estatuto do Idoso é esta: de que o idoso pode ajuizar demanda de alimentos contra qualquer coobrigado para que adimpla a totalidade da dívida. Defende assim Tânia da Silva Pereira³⁶⁸, Denis Franco Silva e Fabiana Rodrigues Barletta³⁶⁹, excepcionando a ordem do Código Civil.

³⁶⁶ Confira-se o julgado do STJ: “DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS PROPOSTA PELOS PAIS IDOSOS EM FACE DE UM DOS FILHOS. CHAMAMENTO DA OUTRA FILHA PARA INTEGRAR A LIDE. **DEFINIÇÃO DA NATUREZA SOLIDÁRIA DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS À LUZ DO ESTATUTO DO IDOSO.** - A doutrina é uníssona, sob o prisma do Código Civil, em afirmar que o dever de prestar alimentos recíprocos entre pais e filhos não tem natureza solidária, porque é conjunta. - A Lei 10.741/2003, atribuiu natureza solidária à obrigação de prestar alimentos quando os credores forem idosos, que por força da sua natureza especial prevalece sobre as disposições específicas do Código Civil. - **O Estatuto do Idoso, cumprindo política pública (art. 3º), assegura celeridade no processo, impedindo intervenção de outros eventuais devedores de alimentos. - A solidariedade da obrigação alimentar devida ao idoso lhe garante a opção entre os prestadores (art. 12).** Recurso especial não conhecido. (REsp 775.565/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/06/2006, DJ 26/06/2006, p. 143. **Grifo nosso.**)”

³⁶⁷ “Art. 12. A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores.”

³⁶⁸ “A Lei n.º 10.741 de 2003 introduziu a obrigação alimentar solidária entre todos os prestadores, não se aplicando o art. 1968 (*sic*) do Código Civil, ou seja, admite-se a possibilidade de o credor de alimentos ingressar contra todos os coobrigados, conforme prescrito no art. 12 do ‘Estatuto’.

Pode, portanto, o idoso necessitado exigir alimentos a qualquer dos coobrigados, podendo optar por aquele que julgar mais conveniente. Esclareça-se, no entanto, que o devedor que satisfaz a dívida alimentar integral do idoso poderá exigir dos demais codevedores a parte que lhes cabe, nos termos de suas possibilidades, mas não a dívida toda. Jamais o devedor codemandado poderá convocar os demais codevedores para integrar o processo na condição de réu. Para o idoso, este amparo é essencial para a garantia efetiva de seus direitos fundamentais.” (PEREIRA, Tânia da Silva. Proteção aos idosos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 343-366.

³⁶⁹ “O princípio constitucional da solidariedade impõe, por consequência, o ônus da necessidade de alimentos para além mesmo do núcleo de convivência afetiva ou associativa do idoso. Dessa maneira, deve ser aplaudida a regra da solidariedade obrigacional (aquela que constitui por unidade de objeto e pluralidade de devedores sem benefício de ordem) contida no art. 12 do Estatuto do Idoso.

Tal regra torna menos custoso para a pessoa idosa fazer a opção quanto a quem acionar, não só pelas condições econômicas que esse possua, mas também para se preservar psiquicamente ou não se melindrar com aquele com quem mais se relaciona emocionalmente, seja mais ou menos abastado.” (SILVA, Denis Franco. BARLETTA, Fabiana Rodrigues. Solidariedade e tutela do idoso: o direito aos alimentos. In: PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo *et alli*. **Direito Civil Constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 463-464.)

Há justificativa para um tratamento mais benéfico para o idoso se cotejado com a criança e o adolescente, considerando que estes têm para si constitucionalmente assegurado o princípio da prioridade absoluta? Parece que o *discrimen* mais favorável aos anciãos é justificado, tendo em vista a característica diversa da vulnerabilidade³⁷⁰.

Com os infantes e adolescentes, há, mal ou bem, um senso maior de obrigação. Não há um senso de retribuição tão forte aos idosos. Ademais, uma criança em necessidade não é geralmente exposta diretamente aos embates travados com o alimentante resistente, pois normalmente é seu representante legal – (ainda) em regra, a mãe guardiã contra o pai – quem se expõe para cobrar o auxílio financeiro. Ao idoso em necessidade só resta se submeter ao conflito direto, sofrendo todo tipo de desgaste no ambiente familiar no caso de resistência dos descendentes:

Há que se observar que quando o idoso recorre à via judicial para ter acesso aos alimentos, ele o faz, na maioria das vezes, porque perdeu sua autonomia no que concerne às condições de trabalho para se manter. Observe-se que tal situação é bastante diferente da conjuntura da criança e do adolescente. Quando esses precisam de alimentos, são representados ou assistidos por alguém, não ocupam estes, assim se diga, a “linha de frente” do conflito. Eles não se expõem. Há quem o faça por eles. Ademais, crianças e adolescentes nunca gozaram de autonomia para se satisfizer (*sic*) materialmente. Com o idoso ocorre o contrário. Ele já se sustentou por meio do trabalho e, por suas vicissitudes peculiaríssimas, perdeu condições de subsistir autonomamente. Essa situação não é amena, pelo contrário, muitas vezes é percebida como humilhação. Veja-se o quadro: o idoso não tem mais reservas de força para o trabalho físico ou intelectual por declínios de saúde e de dificuldade de adaptação social a um mundo que já não é mais o seu (dificuldades socioproductivas), mas tem discernimento que, se não pedir ajuda, vai sucumbir e que só lhe cabe, portanto, pleitear alimentos. Submeter-se o idoso ao tradicional modelo de hierarquia compensatória disposto pelo Código Civil em seus artigos 1.696 e 1.697, que chama primeiramente à obrigação o parente mais próximo em grau, parece, no mínimo, cruel. Se assim fosse, o idoso teria que demandar, pessoalmente, contra aqueles que talvez mais ame e isso sim poderia trazer, de fato, um grande problema para a manutenção

³⁷⁰ Pensa em sentido diverso Maria Berenice Dias: “Assegurada a solidariedade com relação ao idoso, não há como deixar de invocar o mesmo princípio, ao menos em se tratando de obrigação em favor de **crianças e adolescentes**. Todos merecem a especial atenção do Estado, não havendo como estabelecer diferenciações sem esbarrar no primado da **igualdade**. Emprestar tratamento distinto a idosos e jovens, que gozam de proteção especial, principalmente com referência ao mesmo direito – ou seja, direito à subsistência –, é absolutamente inconstitucional.” (DIAS, Maria Berenice. **Alimentos aos bocados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 86-87.)

da solidariedade afetiva, entendida como proximidade emocional, tal como apontado.³⁷¹

Retomando o questionamento: se crianças e adolescentes têm, em seu favor, o princípio da prioridade absoluta em sede constitucional, o que coloca seus interesses em primazia *prima facie* sobre os demais, incluindo idosos, é lícito que idoso tenha esta previsão mais benéfica se comparada a crianças e adolescentes? A resposta afirmativa parece se impor.

Deve-se considerar que os interesses dos idosos e de crianças/adolescentes não estão em rota de colisão, pois está a se tratar de situações em que ambos os grupos estão em situações análogas, de alimentandos – situação diversa seria, por exemplo, cotejar o conflito de interesses quando houver um idoso alimentante e um infante alimentando. Se assim é, cabe analisar se eventual norma mais benéfica a outro grupo vulnerável seria justificável a partir das exigências da proteção da vulnerabilidade própria de crianças e adolescentes³⁷² e, apenas em caso positivo, poder-se-ia cogitar uma extensão analógica. No entanto, como apontado acima, há uma forte justificativa para o tratamento específico destinado ao idoso que não há para a criança e para o adolescente.

Assim, a previsão do Estatuto do Idoso se justifica. Poder-se-ia questionar, no entanto, qual o limite dessa previsão de solidariedade no dever de alimentos para o idoso.

Parece que a solidariedade do Estatuto do Idoso não traz a consequência desejada senão por uma interpretação ampliada do que significa a solidariedade obrigacional neste caso. Isso porque, ao contrário do que afirmam Silva e Barletta, não se trata meramente de uma cobrança sem benefício de ordem, mas a própria constituição do débito alimentar³⁷³.

³⁷¹ SILVA, D. F.; BARLETTA, F. R.. *Op. cit.*, p. 462-463.

³⁷² Uma vez que o princípio da igualdade, em sua dimensão substancial, pressupõe o tratamento desigual na medida em que os sujeitos se desiguam.

³⁷³ Cumpre destacar que, embora possa se falar em uma obrigação alimentar em abstrato *ab initio*, mormente entre pais e filhos em razão do dever de sustento – como defende Maria Berenice Dias (DIAS, M. B. **Alimentos...**, p. 49) – só há possibilidade de se delimitar e exigir o cumprimento da prestação alimentar em face de sua fixação em algum título executivo ou outra situação concreta que permita estabelecer data anterior à propositura da ação. Rolf Madaleno faz uma distinção entre alimentos futuros e pretéritos diversa da usual, citando como marco diferenciador a propositura de demanda de alimentos, que ilustra bem essa assertiva, embora só diga respeito aos alimentos legítimos e indenizatórios, que dependem de sua exação pela via judicial, não tratando dos alimentos com origem

A título de ilustração, pense-se no comparativo com um contrato entre partes A e B, tendo o C como responsável solidário ou subsidiário. Ora, a diferença entre a responsabilidade solidária e subsidiária é que, em eventual execução do contrato, A poderá demandar B e C concomitantemente (no primeiro caso) ou apenas demandar C após verificar que B não adimplirá a sua obrigação (no segundo caso). No caso dos alimentos ao idoso, a subsidiariedade do Código Civil ou a solidariedade do Estatuto do Idoso se referem à própria constituição da obrigação alimentar. A interpretação defendida da solidariedade estatutária é a de que, sendo o alimentando idoso, ele não precise sequer passar pelo filho para atingir o neto.

Ocorre que há um ponto sensível nesta sustentação a ser debatido. O grau mais próximo exclui o mais remoto, nos termos do Código Civil. Se assim é, como poderia o avô demandar o neto em razão da solidariedade se, caso os filhos desse avô detenham condições de prestarem todos os alimentos necessários à sua subsistência, ele não seria obrigado a pagar nada? Não estaria plenamente satisfeita a solidariedade obrigacional, nos termos do art. 264 do Código Civil, se qualquer um dos potenciais alimentantes de mesma geração pudesse ser demandado, sem precisar chamar os próximos na linha sucessória?

No entanto, tal interpretação não seria compatível com o valor a ser tutelado por trás da norma estatutária, qual seja, preservar a integridade psíquica do idoso no embate com seus familiares. Assim, nada deve impedir que o idoso opte por uma demanda, em qualquer geração, contra qualquer de seus descendentes, não sendo obrigado a incluir ninguém que não deseje na lide – mas sendo-lhe facultado o litisconsórcio passivo entre todos os potenciais demandados³⁷⁴. Caso o neto

voluntária: “Quanto ao *momento em que são reclamados*, os alimentos são distinguidos entre *pretéritos* e *futuros*.”

Futuros são os alimentos prestados em decorrência de decisão judicial e são devidos desde a citação do devedor e alimentos pretéritos são aqueles anteriores ao ingresso da ação, que pelo fato de não terem sido judicialmente requeridos ou homologados não são por via de consequência oficialmente devidos, posto que os alimentos efetivamente devidos somente serão aqueles fixados a contar da propositura da ação alimentar quando o credor nada requer, embora não seja descartada a possibilidade de ajuizamento de uma ação de indenização para o ressarcimento de gastos operados com a manutenção de filho comum, mas estes custos em nada se confundem com a pensão alimentícia.” (MADALENO, Rolf. A execução de alimentos e o cumprimento de sentença. In: _____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família**: processo, teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 247.)

³⁷⁴ Ver: CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 468-469.

diretamente demandado se sinta prejudicado, caber-lhe-á a ação de regresso contra os demais coobrigados ou até mesmo os únicos obrigados – filhos do alimentante.

Quando os netos forem alimentandos, por outro lado, não lhes socorrerá a mesma sorte. Não pode exigir a totalidade da dívida dos avós de forma direta, pois não há solidariedade passiva na hipótese. Há subsidiariedade na constituição do débito alimentar em desfavor do parente de grau mais remoto. Deve demandar primeiramente os pais.

Qual a consequência de demandar diretamente os avós? A medida mais adequada é a distribuição do ônus da prova. Como é pressuposto a impossibilidade total ou parcial dos pais para que os avós venham a ser obrigados, nos termos dos arts. 1.696 e 1.698 do Código Civil, denota-se não ser a medida que melhor atenda ao caráter de emergencialidade dos alimentos impor que se proponha demanda prévia contra os pais para que, só após o insucesso judicial, se busque a prestação avoenga. Deve ser permitido ao neto que prove, como fato constitutivo de seu direito, a impossibilidade total ou parcial de seus pais na prestação de alimentos conforme sua necessidade³⁷⁵.

Outra situação bastante comum é que apenas os avós de um dos troncos genealógicos do neto sejam demandados – via de regra, os avós paternos. O Superior Tribunal de Justiça já entendeu que devem todos os avós figurarem no polo passivo, uma vez que todos os ascendentes de mesmo grau se encontram coobrigados, na medida de suas possibilidades³⁷⁶. E mais, entendeu que é caso de litisconsórcio

³⁷⁵ “Não vemos óbice, porém, a que a ação seja ajuizada desde logo apenas contra o ascendente de grau sucessivo, sem que a este seja dado o direito de impor a integração da lide de todos os ascendentes de grau mais próximo.

Ocorre que, neste caso, o alimentando, preterindo desde logo a escala legal de preferência, se sujeita, sob pena de ver desatendido o pedido, à prova plena da falta ou impossibilidade econômica dos ascendentes de grau inferior imediatos.” (CAHALI. Y. S.. *Op. cit.*, p. 465.)

³⁷⁶ “CIVIL. ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE DOS AVÓS. OBRIGAÇÃO COMPLEMENTAR E SUCESSIVA. LITISCONSÓRCIO. SOLIDARIEDADE. AUSÊNCIA. 1 - A obrigação alimentar não tem caráter de solidariedade, no sentido que “sendo várias pessoas obrigadas a prestar alimentos todos devem concorrer na proporção dos respectivos recursos.” 2 - O demandado, no entanto, terá direito de chamar ao processo os co-responsáveis da obrigação alimentar, caso não consiga suportar sozinho o encargo, para que se defina quanto caberá a cada um contribuir de acordo com as suas possibilidades financeiras. 3 - **Neste contexto, à luz do novo Código Civil, frustrada a obrigação alimentar principal, de responsabilidade dos pais, a obrigação subsidiária deve ser diluída entre os avós paternos e maternos na medida de seus recursos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento. A necessidade alimentar não deve ser pautada por quem paga, mas sim por quem recebe, representando para o alimentado maior provisionamento tantos quantos coobrigados houver no pólo passivo da demanda.** 4 - Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 658.139/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 11/10/2005, DJ 13/03/2006, p. 326. **Grifo nosso.**)

necessário³⁷⁷. O primeiro entendimento é adequado, desde que se faça ressalvas, mas a posição processual tomada a respeito do tema impõe óbices injustificados à satisfação das necessidades dos alimentandos.

Se é certo que a obrigação deve ser diluída entre avós paternos e maternos, também se deve ter em conta que, não raro, os avós, em especial os maternos, já contribuem diretamente no sustento dos filhos e netos. Já foi apresentada a nada incomum situação de divórcio ou de filiação de mãe solteira em que a filha retorna ao lar de seus pais com prole ou, ainda que não retorne, passa a depender fortemente do auxílio financeiro avoengo. Não parece ser adequado obrigar que estes avós integrem a lide, gastando com advogados e sofrendo todo o desgaste de um processo longo³⁷⁸. Basta apenas, a exemplo do que já se argumentou sobre a impossibilidade dos pais, que reste provado no bojo dos autos que determinados avós já contribuem independentemente de determinação judicial para que tal situação seja levada em conta.

A imposição de litisconsórcio necessário tem efeitos danosos, por dificultar e prolongar a lide alimentar. Mais compatível com o instituto dos alimentos é a interpretação de que o Código Civil, em seu art. 1.698 *in fine*, faculta que os demais parentes sejam chamados. Parece ser é o caso de formação de assistência litisconsorcial, pois há influência na relação jurídica entre o avô que vem a ser chamado e o neto e ele é, em princípio, um terceiro interessado na demanda contra o outro avô, nos termos do art. 119 e do art. 124 do CPC/2015.

Um último ponto a ser analisado é a prisão civil do devedor de alimentos. Alvo de polêmicas, é a única hipótese de prisão civil por dívidas, pois, apesar da previsão constitucional do art. 5º, inciso LXVII³⁷⁹, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula

³⁷⁷ CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. INSUFICIÊNCIA DOS ALIMENTOS PRESTADOS PELO GENITOR. COMPLEMENTAÇÃO. AVÓS PATERNOS DEMANDADOS. PEDIDO DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO ENTRE AVÓS PATERNOS E MATERNOS. CABIMENTO, NOS TERMOS DO ART. 1.698 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES. I. Nos termos da mais recente jurisprudência do STJ, à luz do Novo Código Civil, há litisconsórcio necessário entre os avós paternos e maternos na ação de alimentos complementares. Precedentes. II. Recurso especial provido. (REsp 958.513/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 01/03/2011)

³⁷⁸ No mesmo sentido é o entendimento de Maria Berenice Dias: “Proposta a ação contra os avós paternos, descabe convocar os avós maternos para a demanda.” (DIAS, M. B.. **Alimentos**, p. 85.).

³⁷⁹ “LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”

Vinculante n.º 25³⁸⁰, considerando ilícita a prisão civil do depositário infiel, apesar da previsão constitucional.

Apesar de debates quanto à manutenção dessa modalidade de execução indireta durante o processo legislativo que culminou no novo Código de Processo Civil, decidiu-se por não excluir esse mecanismo já previsto na ainda vigente Lei de Alimentos de 1968, inclusive mais rigorosa em alguns pontos:

Pontue-se que uma das discussões que permearam o então projeto de Novo CPC foi a sua retirada do sistema, na linha de alguns debates de convenções internacionais de direitos humanos, o que não acabou por prosperar. Muito ao contrário passou-se a estabelecer, com mais rigidez em certo sentido e menos rigidez em outro, que a prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns (art. 528, §4, do CPC/2015).³⁸¹

Deve-se ressaltar a importância do mecanismo da prisão civil para subjugar a vontade do devedor em descumprir a sua obrigação alimentar. Contudo, não se pode deixar de se ter em conta que, se o alimentando é dotado de necessidades, o alimentante pode ser, ele mesmo, vulnerável, ainda que detenha melhores condições econômicas do que aquele a quem foi fixado estipulada a prestação alimentícia.

Na relação avoenga, em que há a nota característica de que ambos os polos contam, em algum momento, com uma pessoa vulnerável em razão da idade, a aplicação da prisão civil, com seu rigor proposto, não pode ser recebida senão com obtemperações.

Primeiramente, parece descabido sequer cogitar a aplicação dessa sanção processual civil a crianças e adolescentes, quando sequer o Direito Penal, em que prevalece a lógica de *ultima ratio*³⁸², utiliza da sanção da prisão em regime fechado, o

³⁸⁰ “Súmula Vinculante n.º 25: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”

³⁸¹ TARTUCE, Flávio. Dos alimentos familiares no Novo Código de Processo Civil: o novo tratamento da prisão civil. In: _____. **O Novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 434-435.

³⁸² Sobre o princípio da intervenção mínimo do Direito Penal, explica Paulo César Busato: “Se partirmos da ideia de que não é necessário um Direito penal tão agressivo, se reconhece, desde logo, a necessidade de utilizá-lo com moderação. Sua intervenção, nos diversos âmbitos da vida, não pode ser tão ampla nem tão grave. No mesmo sentido, afirma García-Pablos de Molina que ‘o princípio de *intervenção mínima*’ expressa graficamente um ulterior limite político-criminal do *ius puniendi*. Um limite coerente com a lógica do Estado social, que busca o maior bem-estar com o menor custo social, de acordo com um postulado utilitarista’.” (BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, v. 1, 2015, p. 55.)

faz. Isso porque, nos termos do art. 228 da Constituição, os menores de dezoito anos de idade são penalmente inimputáveis, sujeitos à legislação especial, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Adotando-se a terminologia do Direito Penal, mais especificamente do conceito analítico de crime da teoria finalista, faltaria à pessoa com idade anterior à fase adulta a culpabilidade, pois não é possível se fazer um juízo de reprovação sobre sua conduta, em razão de lhe faltar “capacidade de vontade”³⁸³ – o que é, evidentemente, uma ficção jurídica, pois não é possível estabelecer um critério uniforme a todos os sujeitos quanto à completa aquisição de consciência da ilicitude da conduta. Utilizando-se da teoria da ação significativa, fortemente inspirada na filosofia da linguagem³⁸⁴, careceria a análise da conduta do adolescente de pretensão de reprovação³⁸⁵.

Seja como for, crianças e adolescentes são inimputáveis, do ponto de vista do Direito Penal, o que implica na inexistência de crime. Quando praticarem, do ponto de vista criminal, uma ação típica e antijurídica (pelo finalismo) ou com pretensão de relevância e de ilicitude (pela ação significativa), praticarão, nos termos do art. 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ato infracional.

Assim, que, se a criança e o adolescente cometerem ato infracional, não se sujeitarão às penas previstas no Código Penal, dentre as quais a pena privativa de liberdade. Cabe destacar que, dentre estas, a prisão em regime fechado (ou seja, a eleita pelo legislador na redação do Código de Processo Civil para o devedor de alimentos inadimplente) só é prevista inicialmente para os crimes apenados com

³⁸³ Ver: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do Crime**. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 59-64.

³⁸⁴ Proposta de Vives Antón, trazida a terras brasileiras por Paulo Busato, o giro que essa teoria promove, no âmbito do Direito Penal, é o de que a ação humana não importa tanto pelo móvel subjetivo do agente, como queria a teoria finalista – ainda prevalecente em território nacional, mas sim pelo significado que pode a ela ser atribuído em determinado contexto social: “Assim, as ações são configuradas de acordo com seu significado social, pelo contexto em que se produzem.” (BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e ação significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da Filosofia da Linguagem. 2. ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p. 180.)

³⁸⁵ “Em conformidade com o postulado central da construção de Vives, qual seja, o da liberdade de ação, reprova-se juridicamente ao autor a realização de um ato ilícito, em situação em que lhe era exigível que se comportasse de acordo com o direito, porém, não aqui no sentido do livre arbítrio, senão no sentido de que a ação é fundamentalmente a expressão de um atuar incondicionado pelo meio, pois do contrário, não transmite este sentido, senão o mero sentido de um acontecimento. Esta pretensão de reprovação se apóia em duas condições: a imputabilidade, consistente na verificação de se o sujeito possui a capacidade de ser reprovado e a consciência da ilicitude de sua ação, que cuida, em concreto, da análise das hipóteses de erro de proibição. Aqui a análise se reduz a se o sujeito possui capacidade de reprovação (imputabilidade) e consciência da ilicitude de sua ação.” (BUSATO, P. C.. **Direito Penal e ação significativa...**, p. 208.)

reclusão³⁸⁶ – e isso se a condenação for superior a oito anos de privação de liberdade, se o condenado for reincidente ou se, sendo a condenação de reclusão entre quatro e oito anos, as circunstâncias judiciais forem desfavoráveis ao acusado³⁸⁷. Ou seja: a aplicação do regime fechado só se dá em casos de condenações elevadas.

Como ao adolescente e à criança não cabe a imputação de crime, igualmente a eles não cabe a aplicação de pena, mormente a mais grave de todas, que é a prisão em regime fechado. Aos adolescentes caberá a aplicação de medidas socioeducativas, ao passo que às crianças caberá aplicação de medidas de proteção (ECA, art. 105 c/c art. 101). Dentre as medidas aplicáveis ao adolescente, previstas no art. 112 do texto estatutário, há medidas que se aproximam de penas, em especial a medida de internação em estabelecimento educacional. Diferenciam-se da sanção penal, no entanto, por não terem somente o objetivo sancionatório, mas também o caráter pedagógico, e importam na não irresponsabilidade do autor pelos seus atos³⁸⁸.

Fez-se este excursus na seara penal para situar que a inspiração da aplicação de sanção restritiva de liberdade tão rígida quanto à adotada pela legislação sobre alimentos, tanto da Lei específica quanto no novo Código de Processo Civil, não pode ser estendida para eventual devedor de alimentos que ostente a condição etária de criança e adolescente. A estes não poderia, nem em tese, ser aplicada a sanção penal, dados os seus efeitos maléficos. E careceria de razão de ser a aplicação de medida socioeducativa, pois não há realização de conduta típica e antijurídica (ato infracional) a trazer a necessidade do efeito pedagógico.

O mesmo não se aplica a idosos, que, apesar de alguns benefícios penais – mormente a prescrição penal com prazo reduzido pela metade para os maiores de setenta anos de idade à época da sentença condenatória (CP, art. 115) –, se sujeitam à privação de liberdade se cometerem delitos.

Não se pode ignorar, no entanto, que o cárcere tem efeitos deletérios. Não por menos o legislador alterou, pela Lei n.º 12.403/2011, os arts. 317-318 do Código

³⁸⁶ Conforme consta do art. 33 do Código Penal: “Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.”

³⁸⁷ Para maiores explicações sobre o regime inicial de pena privativa de liberdade, ver o capítulo XXIX, item 4, da obra de Bitencourt: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, v. 1, 2012.

³⁸⁸ Neste sentido: MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira. A prática do ato infracional. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1010-1011.

de Processo Penal para prever a prisão domiciliar a pessoas de idade avançada (oitenta anos de idade) ou que estiverem debilitadas por doença grave. Semelhante sensibilidade não teve ao editar o novo Código de Processo Civil.

É cediço que a prisão civil, como meio executivo máximo, se destina à maior celeridade possível à cobrança de crédito sensível à sobrevivência do alimentando. No entanto, tal não pode se dar em prejuízo à sobrevivência do alimentante. No caso dos alimentos prestados por avós, ainda, apresenta-se o caráter subsidiário da verba, pois só se dá na impossibilidade ou insuficiência das condições econômicas dos pais. Por outro lado, não se pode descurar que os avós presumivelmente já prestaram a assistência material necessária para que esses genitores chegassem à idade adulta e tivessem filhos.

A solidariedade intergeracional não dispensa, e nem pode dispensar, os avós de contribuírem para com o sustento dos netos, mas não se pode descurar que já fizeram o possível quando contavam com o vigor da juventude e, chegados à fase da velhice, precisam de maiores cuidados consigo. A obrigação avoenga não pode ser colocada no mesmo patamar da obrigação materna ou paterna. Não por menos, o Conselho da Justiça Federal já aprovou o Enunciado n.º 342 na IV Jornada de Direito Civil:

Observadas suas condições pessoais e sociais, os avós somente serão obrigados a prestar alimentos aos netos em caráter exclusivo, sucessivo, complementar e não-solidário quando os pais destes estiverem impossibilitados de fazê-lo, caso em que as necessidades básicas dos alimentandos serão aferidas, prioritariamente, segundo o nível econômico-financeiro de seus genitores.

Assevere-se que muitos avós, talvez a maioria dos pleiteados, já são idosos, fase da vida em que a saúde, via de regra, está mais debilitada. Assim, nem sempre estão em condições de arcar com alimentos, mesmo após fixados em título judicial, pois podem advir problemas de saúde a exigir gastos excepcionais com tratamentos médicos.

Essa situação levou à edição do enunciado n.º 599 na VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

Deve o magistrado, em sede de execução de alimentos avoengos, analisar as condições do(s) devedor(es), podendo aplicar medida coercitiva diversa da prisão civil ou determinar seu cumprimento em

modalidade diversa do regime fechado (prisão em regime aberto ou prisão domiciliar), se o executado comprovar situações que contraindiquem o rigor na aplicação desse meio executivo e o torne atentatório à sua dignidade, como corolário do princípio de proteção aos idosos e garantia à vida.

Com o enunciado, visa-se trazer, em analogia, a prisão domiciliar para os alimentos avoengos – como hipótese excepcional – quando a hipótese recomendar cautela na adoção da restrição de liberdade³⁸⁹.

4.5 INVESTIGAÇÃO DE RELAÇÃO AVOENGA

Uma possibilidade que exsurgiu ao longo dos últimos anos, impensável nos termos de uma dogmática civilista não aberta à influência da interpretação principiológica, é a da investigação de vínculo avoengo.

O mais claro e quase insuperável óbice advinha da consideração de que há um caráter personalíssimo na demanda investigatória. Ninguém, a não ser os diretamente envolvidos, poderia questionar judicialmente ou extrajudicialmente a existência de vínculo de filiação de uma pessoa. Tal entendimento decorre da leitura de alguns dispositivos, nomeadamente, o art. 1.606 do Código Civil e o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente³⁹⁰. Antes de se adentrar no tema da investigação da relação avoenga, no entanto, parece que se faz necessário passar

³⁸⁹ Tal orientação já foi adotada em um precedente do Superior Tribunal de Justiça: “RECURSO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO. PACIENTE COM IDADE AVANÇADA (77 ANOS) E PORTADOR DE PATOLOGIA GRAVE. HIPÓTESE EXCEPCIONAL AUTORIZADORA DA CONVERSÃO DA PRISÃO CIVIL EM RECOLHIMENTO DOMICILIAR. 1. É cabível a prisão civil do alimentante inadimplente em ação de execução contra si proposta, quando se visa ao recebimento das últimas três parcelas devidas a título de pensão alimentícia, mais as que vencerem no curso do processo. Precedentes. 2. Em hipótese absolutamente excepcional, tal como na espécie, em que a paciente, avó dos alimentados, possui patologia grave e idade avançada, é possível o cumprimento da prisão civil em regime domiciliar, em prestígio à dignidade da pessoa humana. Precedentes. 3. Recurso provido.” (STJ - RHC: 38824 SP 2013/0201081-3, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 17/10/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/10/2013)

³⁹⁰ Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz. Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

pelos percalços da investigação de paternidade, até para que se entenda o escopo do tema.

Na temática da paternidade, há duas situações reguladas pelo Código Civil: filhos matrimoniais e extramatrimoniais. No primeiro caso, a filiação seria estabelecida pelo reconhecimento ou pela presunção de paternidade, ao passo que, no segundo, a filiação seria por reconhecimento espontâneo, voluntário (conforme designação da Lei n.º 8.560/1992) ou forçado (através de demanda judicial)³⁹¹.

Observa-se que a demanda investigatória, em princípio, é personalíssima do ponto de vista da legitimidade ativa, admitindo-se apenas a sucessão processual – ou seja, que, no curso da demanda já proposta, os herdeiros do requerente assumam o seu lugar no caso de falecimento. No polo passivo, por outro lado, não há alteração na legitimidade comum: o suposto pai – ou mãe, embora tal hipótese seja mais rara – ou seus herdeiros podem ser demandados *ab initio*.

Duas ordens de problemas podem surgir em relação à investigação de paternidade/maternidade: quais vínculos podem ser perquiridos e como proceder nos casos em que o investigador já tem um pai registral.

Durante muito tempo, as disputas envolvendo a paternidade se revolveram em torno do vínculo consanguíneo e a possibilidade de o suposto pai não o ter com o filho. Representavam as lides judiciais verdadeiras devassas na vida sexual da mãe, pois as alegações defensivas envolviam temas como a *exceptio plurium concubentium*, a inexistência de relações sexuais entre o investigado e a mãe ou a não coincidência destas com a geração do investigador. O exame de DNA, apesar de críticas³⁹², acaba por quase eliminar, na prática cotidiana forense, essas discussões. A busca pelo vínculo consanguíneo, além de retratar mais fielmente a realidade – ainda que passível de falhas, o exame pericial é certamente mais seguro do que, por exemplo, deixar de declarar a paternidade do investigado se a mãe manteve relacionamento sexual com outras pessoas ao mesmo tempo –, passou a ter uma instrução probatória, de regra, muito mais simplificada se a mulher demonstrar que

³⁹¹ Ver: FACHIN, Rosana. Do parentesco e da filiação. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 143.

³⁹² Rolf Madaleno cita diversas críticas à divinização do exame de DNA, como a ausência de uma pesquisa genética do povo brasileiro, tão diversificado, que demonstrariam que tal exame não é dotado da infalibilidade que os operadores do Direito lhe imputam. Ver: MADALENO, Rolf. **Curso...**, p. 636-638.

teve relações sexuais com o pretenso pai: ou o investigado se submete ao exame, ou, salvo casos excepcionais, terá a paternidade presumida, por força do art. 2º-A, parágrafo único, da Lei n.º 8.560/1992.

Mas não há necessária associação entre investigação de paternidade e vínculo consanguíneo. Este pode ser perquirido sem que necessariamente se deseje a declaração da paternidade, no que se denomina ação de investigação da ascendência genética³⁹³.

Referida ação encontra amparo no art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente³⁹⁴, que se refere ao adotando, mas, diante da igualdade constitucional dos filhos, deve encontrar interpretação mais alargada, abrangendo toda situação em que o filho suspeite que seu pai e/ou sua mãe não coincidem com seus genitores biológicos³⁹⁵. Quando se analisa tal dispositivo, há a interpretação de que o direito ao conhecimento à ascendência genética é diverso e não está necessariamente imbricado com o direito ao reconhecimento da filiação³⁹⁶, mas, como inclusive se verá

³⁹³ Maria Berenice Dias defende que a paternidade seriam um efeito anexo da sentença, nestes casos, as “sequelas registras”, embora aponte que a existência de um pai registral com quem o filho mantenha vínculo socioafetivo seria um fato impeditivo à alteração registral, de modo que, nestes casos, se teria apenas a declaração da ascendência genética (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 399-403.)

³⁹⁴ “Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.”

³⁹⁵ É fácil pensar em alguns casos, como na filiação socioafetiva ou na reprodução humana assistida heteróloga.

³⁹⁶ A dissociação entre direito do conhecimento da origem genética, como direito da personalidade, e direito ao estado de filiação, regulado pelo direito de família, com diversidade de regulação e efeitos jurídicos, é defendida por Paulo Lôbo, cuja sustentação apresenta alto grau de coerência: “Para garantir a tutela do direito da personalidade não há necessidade de investigar a paternidade. O objeto de tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida. Não há necessidade de se atribuir a paternidade a alguém para se ter o direito da personalidade de conhecer, por exemplo, os ascendentes biológicos paternos do que foi gerado por dador anônimo de sêmen, ou do que foi adotado, ou do que foi concebido por inseminação artificial heteróloga. São exemplos como esses que demonstram o equívoco em que laboram decisões que confundem investigação da paternidade com direito à origem genética.

Em contrapartida, toda pessoa humana tem direito inalienável ao estado de filiação, quando não o tenha. Apenas nessa hipótese, a origem biológica desempenha papel relevante no campo do direito de família, como fundamento do reconhecimento da paternidade ou da maternidade, cujos laços não se tenham constituído de outro modo (adoção, inseminação artificial heteróloga ou posse de estado). É inadmissível que sirva de base para vindicar novo estado de filiação, contrariando o já existente.” (LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. ALVES, Leonardo Barreto Moreira (org.). **Leituras complementares**

na sequência, confunde-se, com muita frequência, um e outro na análise do direito à declaração da filiação.

Não só a ascendência consanguínea não traz como efeito indissociável a declaração da filiação como o inverso igualmente não ocorre. A declaração da filiação não tem como único argumento de fato constitutivo a presença de vínculo genético. Como já mencionado alhures, a afetividade em seu aspecto ontológico – própria da relação paterno ou materno-filial – é lida juridicamente como a face do princípio criador de vínculos de Direito das Famílias. Assim, uma demanda que visa a declaração da paternidade ou maternidade socioafetivas obrigatoriamente enfrentará, como matéria fático-probatória, a existência de atos cotidianos que importassem em uma verdadeira relação de filiação, independentemente da presença de vínculos genéticos³⁹⁷. Será, evidentemente, um processo cuja prova é muito mais complexa e dá uma maior margem à interpretação do juiz do aquele em que uma simples coleta de sangue de supostos pai/mãe e filho e seu envio a laboratório para confecção de laudo resolverá qualquer dúvida, mas isso não elimina o reconhecimento jurídico da socioafetividade como criadora deste vínculo.

Assim, vê-se que não apenas o vínculo consanguíneo, mas também o socioafetivo pode ser objeto de perquirição na demanda investigatória de paternidade. O que leva ao segundo problema: qual a melhor solução jurídica para o caso em que há um pai registral e o filho busca o reconhecimento da paternidade de outra pessoa?

de Direito Civil: Direito das Famílias: Em busca da consolidação de um novo paradigma baseado na dignidade, no afeto, na responsabilidade e na solidariedade. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 67-68.)

³⁹⁷ É relevante anotar que a referência inicial à paternidade socioafetiva se dava em torno da aplicação do instituto da posse de estado aplicado à filiação, em que era necessário a demonstração de três requisitos: nome, trato e fama (Ver: FACHIN, L. E.. **Direito de Família...**, p. 226-228.). Trata-se de construção doutrinária a partir do art. 349 do CC/16, reproduzido sem a expressão “legítima” no art. 1.605 do CC/02, em que se vislumbra a possibilidade de, “Art. 1.605 Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: [...]II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.”.

Se a construção da posse de estado de filho teve por mérito a perda da força do discurso da paternidade enquanto paternidade consanguínea e delinear pré-requisitos para sua constituição, parece-nos que, se levado a rigor em seus termos, poderá desabrigar muitas situações fáticas que merecem a mesma tutela. A exigência do *nomen*, por exemplo, faz sentido apenas nas situações de adoção à brasileira, pois, de outro modo, não haverá registros de que o filho apresente o mesmo sobrenome do pai, ainda que seja tratado como filho e apresentado socialmente como tal. Por outro lado, quem registra alguém como filho e o apresenta socialmente como tal, ainda que não o trate como tal no interior do ambiente doméstico – faltando o *tractatus* –, deverá, com tal conduta, atrair para si as responsabilidades próprias de um pai, por incidência do princípio da afetividade por sua face deontológica. A filiação socioafetiva, portanto, deve se basear na posse de estado de filho, mas deve admitir flexibilizações na apresentação de algum dos três requisitos se houver justificativas para tanto.

Há três soluções possíveis: ou se mantém o pai registral; ou se exclui o pai registral e se insere o investigado na certidão de nascimento do filho investigante; ou se mantém o pai registral e se insere o investigado na certidão de nascimento. Principiar-se-á pelas duas primeiras, pois a última é construção judicial e doutrinária posterior.

Desde que se viram eliminados os óbices advindos do matrimônio para a investigação de paternidade³⁹⁸, a questão que atormenta os casos concretos é: se o filho já tem um pai registral e deseja se ver reconhecido por outrem, o que deve ser feito? Partindo-se do princípio que vigia anteriormente, de que apenas um pai e uma mãe poderiam constar na certidão de nascimento, o pai registral teria que ser eliminado para que o investigado pudesse ter seu nome ali inserido.

O filho apresenta à sua disposição a ação de impugnação de reconhecimento da filiação, no prazo de quatro anos a contar de sua maioridade (CC/02, art. 1.614) – havendo controvérsias sobre a aplicação ou não do prazo³⁹⁹. Destaca-se que a impugnação é feita por aquele reconhecido quando criança ou adolescente, pois o filho reconhecido quando adulto obrigatoriamente consentirá previamente.

Se há um pai registral, não há, em princípio, demanda para o pai que deseja entrar em tal condição contra a vontade materna. Se a mãe consentir, há a possibilidade de adoção unilateral⁴⁰⁰ cumulada com destituição do poder familiar, o que dependerá da resistência daquele que consta como pai na certidão de nascimento⁴⁰¹. Da perspectiva do filho, pode haver a impugnação cumulada com a investigação da paternidade, tendo como requeridos o pai registral e o pretenso pai.

³⁹⁸ Como se investigar a paternidade de filho extramatrimonial contra homem casado, por exemplo.

³⁹⁹ Parece que a corrente majoritária aponta no sentido da imprescritibilidade, com base na Súmula n.º 149 do Supremo Tribunal Federal. “Acresça-se que, por se tratar de estado da pessoa, uma de suas características é a imprescritibilidade, que, destarte, refletir-se-á na ação respectiva: impugnação à legitimação ou contestação de reconhecimento.” (CHINELATO, S. J.. *Op. cit.*, p. 152.)

⁴⁰⁰ A adoção unilateral está prevista no art. 41, §1º, do ECA, e se dá com o cônjuge ou companheiro (não foi atualizada a expressão no dispositivo, que ainda fala em “concubino”) de um pai já registrado da criança. Assevere-se que essa hipótese de adoção dispensa que o adotante entre no cadastro de adoção (ECA, art. 50, §13º, inciso I).

⁴⁰¹ O consentimento do pai ou representante legal é exigido para qualquer caso de adoção, nos termos do art. 45, do Estatuto da Criança e do Adolescente. “É preciso distinguir, pois, quando há o consentimento dos pais, a perda do poder familiar é consequência da adoção; mas quando há resistência, ou seja, os pais não concordam com a adoção há necessidade de procedimento contraditório, ‘visando a destituição do poder familiar, nos casos da legislação civil’ (FONSECA, A. C. L. de. *Op. cit.*, p. 166-167.).

Ocorre que diversas situações impunham escolhas difíceis entre dois possíveis pais. Se há um pai biológico querendo assumir seu filho (ou mantê-lo no registro) e um pai socioafetivo, como escolher entre eles? O simples fato de alguém manter-se como companheiro da mãe por anos e dispensar alguns cuidados próprios de pai permitiria que este viesse a assumir o lugar do ex-marido e pai das crianças? Esses questionamentos expõem situações fáticas nada incomuns, que ainda assim podem ter variações a recomendar uma ou outra solução.

Há casos em que a eliminação de um ou outro pai poderia gerar graves injustiças. É para estes casos que se criou a multiparentalidade, ou seja, prever que um registro conte com mais do que um pai e uma mãe.

Noticia-se que a possibilidade de se ter dois pais ou duas mães no registro adveio do reconhecimento de casais homoafetivos⁴⁰². Esta hipótese, se teve o mérito de abrir o mundo jurídico para hipóteses além do “um pai/uma mãe”⁴⁰³, não rompeu completamente com a noção anterior de que só é aceitável um casal parental. A multiparentalidade exige que se afirme que a parentalidade não é necessariamente a um ou a dois, pode ser a três ou mais.

Advém o reconhecimento da multiparentalidade do reconhecimento da diversidade dos vínculos genético e afetivo, sem desprezo ou prevalência absolutos de um ou outro:

As parentalidades socioafetiva e biológica são diferentes, pois ambas têm uma origem diferente de parentesco. Enquanto a socioafetiva tem origem no afeto, a biológica se origina no vínculo consanguíneo. Assim sendo, não podemos esquecer que é plenamente possível a existência de uma parentalidade biológica sem afeto entre pais e filhos, e não é por isso que uma irá prevalecer sobre a outra, pelo contrário, elas devem coexistir em razão de serem distintas.⁴⁰⁴

⁴⁰² “A dupla maternidade e paternidade começou a existir em nosso país a partir do momento em que os tribunais começaram a conceder a adoção conjunta para casais do mesmo sexo.” (CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**: efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014, p. 52.)

⁴⁰³ Como se vê do Provimento 02/2009 do CNJ, que eliminou as expressões “pai” e “mãe”, bem como “avós maternos” e “avós paternos”, dos registros de nascimento, substituindo-lhes por “filiação” e “avós”.

⁴⁰⁴ CASSETARI, C.. *Op. cit.*, p. 168.

A aplicação da multiparentalidade, no entanto, é excepcional. Cabe à doutrina e ao intérprete fixar balizas para sua aplicação, diferenciando-se casos em que deve ser reconhecida e universalizando seus pressupostos fáticos⁴⁰⁵.

De todas estas questões expostas, extraía-se o reconhecimento do caráter personalíssimo das demandas envolvendo a declaração da paternidade. Apenas o filho poderia, em princípio, ajuizar a ação investigatória para o reconhecimento forçado da filiação, pois o art. 27 do ECA destaca seu caráter personalíssimo e o art. 1.606 do Código Civil de 2002 afirma ser cabível apenas ao filho propor ação da prova de sua filiação, salvo se morrer menor ou incapaz, quando esta passará a seus herdeiros (sendo raros os casos em que adolescentes, e mais raramente crianças, que morrem deixando filhos).

Contudo, a interpretação da Lei pelo Poder Judiciário estendeu a possibilidade aos netos de buscar diretamente o reconhecimento de vínculo com seus avós. Há dois julgados específicos no Superior Tribunal de Justiça⁴⁰⁶ que reconheceram a possibilidade jurídica do pedido da declaração de relação avoenga.

O primeiro dos acórdãos, do ano de 1990, já ancorado na principiologia constitucional, adotou como premissa a mudança das formas de relação em família, que acarretaram na abolição da discriminação de filhos pela origem, e o reconhecimento de novos valores vigentes na sociedade. Assim, releu o art. 363 do CC/16, que fazia referência ao filho ilegítimo, para negar a restrição da legitimidade à propositura da demanda a este, afirmar a ampla legitimidade dos filhos, independentemente de origem, para buscar a filiação, mas, de acordo com uma interpretação gramatical do dispositivo, que não estaria restrito ao filho buscar sua ascendência, autorizando que os netos o façam.

⁴⁰⁵ Se assim não se proceder, esvazia-se o porquê de se justificar uma decisão. “O ‘porquê’ da justificação é um conector universal neste sentido: para um dado ato ser correto em virtude de uma certa característica, ou conjunto de características, ou situação, o mesmo ato precisa ser materialmente correto em todas as situações em que materialmente as mesmas características se apresentarem. Isso é sujeito à exceção de que características relevantes adicionais podem se apresentar de sorte a alterar o resultado correto, mas a exceção é válida apenas se tiver a seu turno a mesma qualidade universal. Nós teremos que estar lidando com algum conjunto adicional de relações que, a seu turno, se repetido, será utilizado para justificar a mesma exceção em um caso futuro semelhante.” (MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. (Traduzido por Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo.) Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 120.)

⁴⁰⁶ REsp n.º 269/RS, Rel. Waldemar Zveiter, publicado em 07/05/1990; REsp n.º 603.885/RS, julgado pela 3ª Turma, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, publicado em 11/04/2005.

O segundo acórdão, de 2005, tem uma fundamentação sucinta, mas que parece fazer referência ao direito de conhecimento de origem genética. Assim consta:

É certo que a matéria é controvertida diante dos rigorosos termos do art. 363 do Código Civil de 1916. Mas não creio que no estágio atual da doutrina em matéria de direito de família, particularmente com a disciplina positiva do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, seja viável recusar o interesse do neto em ver reconhecida a sua origem. Penso que o fato de o pai não ter intentado a ação investigatória, não justifica afastar-se o legítimo interesse dos netos em buscar o reconhecimento de sua ascendência. Na verdade, a jurisprudência mais atualizada tem aberto sendas em matéria de direito de família para oferecer temperamento presente o objetivo de proteger a relação familiar.

Cabe problematizar a fundamentação oferecida pelo acórdão citado, que fundamenta o vínculo avoenga no direito de conhecimento da origem, pois se tratam de duas situações distintas. O último é um direito da personalidade e pode, mas não necessariamente dá ensejo à declaração da filiação.

Se não se fundamenta o reconhecimento da relação avoenga diretamente a partir da ascendência genética, a questão que se põe é: há um fundamento para essa forma de investigação *per saltum*, ignorando a conduta do pai? Em um primeiro momento, a resposta era pela impossibilidade, em razão da carência de ação por falta de legitimidade dos pretensos netos⁴⁰⁷. No entanto, o estado da arte atual aponta para a resposta afirmativa. Há fundamentos de outras ordens podem ser destacados e servem para conferir o direito pela busca da ancestralidade. Rolf Madaleno fala em direito à identidade familiar, no direito ao parentesco, no direito ao conhecimento da carga genética, no direito à sucessão e no direito aos alimentos, todos aptos a embasar o reconhecimento da possibilidade jurídica deste pedido⁴⁰⁸. O fundamento da sabença da carga genética não é o mais adequado, pois este não é algo que diz respeito propriamente ao Direito das Famílias, mas pertence principalmente aos Direitos da Personalidade. Conhecer a carga genética é, no máximo, *causa petendi*

⁴⁰⁷ “Ausente legitimidade ativa dos herdeiros descendentes iniciarem a ação de investigação de paternidade endereçada ao presumido pai, porque direito exclusivo e personalíssimo do filho, têm decidido os pretórios brasileiros pelo indeferimento da inicial e consequente extinção do processo, em nada impressionando o interesse dos investigadores no âmbito patrimonial e social, pois o parentesco de segundo grau seria mera decorrência do vínculo de primeiro grau.” (MADALENO, R. O filho do avô, p. 132.)

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 134-140.

no Direito das Famílias, mas passa a ser o próprio pedido, fim em si mesmo, na ação de conhecimento da origem genética. Ora, se ter conhecimento da própria história não implica no reconhecimento do parentesco, não se pode concordar que este possa ser um fundamento para o reconhecimento da ação de investigação da relação avoenga. Dos demais fundamentos, todos pertinentes, os mais relevantes e que se encontram verdadeiramente na base são a identidade familiar e o parentesco: estruturantes da individualização e formação identitária do sujeito, não há como se negar que são verdadeiros direitos da personalidade, como aponta Alice Birchall⁴⁰⁹, mas que dizem respeito à seara do Direito das Famílias. Os direitos patrimoniais, quando muito, poderão decorrer desse parentesco, se for o caso.

Ressalta-se que o reconhecimento da relação de ascendência *per saltum* é um avanço do Direito das Famílias para além da nuclearidade. Afirma-se como relevante uma relação *per se* e não apenas pela sua mediatidade (o avô ser pai do pai).

Há que se destacar, antes de prosseguir na presente análise, que a mencionada investigação de relação avoenga se dá nas hipóteses em que o pai registral não tem um vínculo registral com o pretenso avô, mas os filhos deste pai pretendem criar tal vínculo a fim de desfrutar dos efeitos jurídicos da relação avoenga. Por isso se disse que é uma investigação *per saltum*.

Não faria qualquer sentido em se perquirir sobre o papel dos avós na demanda investigatória a ser movida pelos netos contra seus pais, filhos dos primeiros. Ora, nestes casos só haveria que se falar na participação processual dos pretensos avós eventualmente como informantes ou, se na ausência de descendentes do investigado, podendo atuar como partes na condição de herdeiros. Nenhuma peculiaridade da relação avoenga se demonstra nesta hipótese. Só nos interessa questionar a hipótese em que o filho e pai já têm vínculo jurídico, mas pai e avô ainda não o têm.

⁴⁰⁹ “Neste contexto, deve-se estender o significado de filiação [dos arts. 1.605 e 1.606] para toda a linha reta, ou seja, o direito não é apenas à filiação, ou primeiro grau de parentesco na linha reta, mas a toda ela, sendo possível qualquer investigação sobre esse parentesco e, também, na linha colateral, limitada ao quarto grau, porque o direito ao parentesco (natural ou civil) é direito da personalidade e, consequentemente, imprescritível. Ressalte-se que não o são os direitos patrimoniais que derivem desses direitos personalíssimos.” (BIRCHALL, Alice. A relação processual dos avós no Direito de Família. In: PEREIRA, Roderigo da Cunha (coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro**: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 45.)

Destacado o objeto desta investigação de relação avoenga, a primeira baliza, adotada nos julgados⁴¹⁰ e que se entende extremamente razoável, é a de que essa investigação *per saltum* só pode ter lugar quando o pai não reconhecido como filho do pretenso avô já é falecido. Ora, o direito à filiação tem seu caráter de personalidade. Embora o direito à relação avoenga deva ser reconhecido, não parece se ter como impor a este filho um reconhecimento que ele não deseja buscar. Se nem o pai deste pai poderia impor a sua paternidade (como decorre do art. 1.614 do CC/02), muito menos poderiam seus filhos, ainda que a pretexto de exercitar seu papel de netos.

Então, só cabe a investigação de relação avoenga quando o pai falece sem ter proposto a demanda de investigação da paternidade, restando aos seus filhos buscar o reconhecimento do vínculo com o pretenso avô. Embora esta hipótese também importará em alteração do registro de nascimento do pai, não parece que seja tão relevante ao falecido o exercício de seu direito.

A questão que se poderia colocar, no entanto, resta nos casos em que o falecido deixou mais de um filho. No dissenso destes filhos quanto à propositura de ação de investigação de relação avoenga, qual solução deve prevalecer? O dilema se coloca porque, admitindo-se que um dos netos proponha a demanda em face do pretenso avô e sendo esta procedente, os demais serão igualmente afetados, pois o objeto da demanda é a alteração do estado de filiação de pai ou mãe comum a todos estes irmãos.

A melhor solução parece ser aquela que aponta para a possibilidade de propositura da demanda, independentemente do consenso.

Basta lembrar que, em relação aos direitos da personalidade em geral, há a previsão do art. 12, parágrafo único, do Código Civil atual a autorizar que o cônjuge, parente em linha reta ou colateral até 4º grau requeira que “cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. O que justifica referido dispositivo é que os parentes supérstites são os realmente afetados pelos danos a imagem, nome, autoria etc do *de cujus*, de modo que a Lei os legitima a tomar medidas para compensar ou fazer

⁴¹⁰ Sobre a investigação de relação avoenga na orientação do STJ, afirma Sidnei Benetti: “Admite-se a ação contra o avô, para reconhecimento de relação avoenga, no caso de genitor não reconhecido haver falecido sem propor ação de investigação de paternidade” (BENETTI, Sidnei Agostinho. Avós. In: LAGRASTA NETO, Caetano; SIMÃO, José Fernando (coord.). **Dicionário de Direito de Família**: A-H. São Paulo: Atlas, v. 1, 2015, p. 130.)

cessar tais danos. Instaurou-se uma polêmica sobre qual a natureza desta previsão – se seria um caso de direito sem titular, de dever jurídico geral, de personalidade parcial, de direito das pessoas vivas afetadas ou de direitos do falecido dos quais as pessoas vivas seriam fiduciárias –, mas se deve entender que a legitimidade dessas pessoas vivas decorre da afetação de sua esfera jurídica pela lesão de direitos que pertenciam ao falecido⁴¹¹.

É evidente que a aplicação, pura e simples, do parágrafo único do art. 12⁴¹² não poderia ser transposta para a hipótese. O interesse registral na filiação do falecido seria tão somente dos netos e não de colaterais ou cônjuge/companheiro do falecido, que em nada teriam alteradas suas certidões de nascimento. Os eventuais direitos sucessórios, de igual modo, só poderiam interessar aos netos, uma vez que, pré-morto o pai ao pretenso avô, o direito de representação só é deferido aos descendentes (CC/02, art. 1.851). Assim, legitimados para a investigação da paternidade do falecido só podem ser os netos.

Trata-se de legitimidade concorrente. Mas é um litisconsórcio ativo necessário? A hipótese é certamente de litisconsórcio unitário⁴¹³, nos termos do art. 116 do Código de Processo Civil de 2015⁴¹⁴, uma vez que para todos os supostos

⁴¹¹ “Diante da polêmica [em torno do dispositivo], cabe ressaltar que embora a morte do titular implique a extinção dos direitos da personalidade, alguns dos interesses resguardados permanecem sob tutela, como ocorre, p. ex., com a imagem, o nome, a autoria, a sepultura e o cadáver do falecido. O ordenamento, portanto, confere legitimidade ao cônjuge [e ao companheiro, conforme interpretação extensiva trazida pelo Enunciado n.º 275 do CJF] e aos parentes, que seriam os efetivamente afetados pela lesão de tais interesses após a morte do titular, para que possa impedir a lesão ou demandar reparação por seus efeitos.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**: Parte Geral e Obrigações (arts. 1º a 420). 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, 2007, p. 35-36.)

⁴¹² Sobre o fundamento do art. 12, parágrafo único, explana Schreiber: “Não se trata de uma concessão fantasmagórica, mas de norma ditada pelo interesse social. Os direitos da personalidade projetam-se para além da vida do seu titular. O atentado à honra do morto não repercute, por óbvio, sobre a pessoa já falecida, mas produz efeitos no meio social.” (SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 24.)

⁴¹³ “Unitário é o litisconsórcio quando o resultado não pode deixar de ser igual para todos os litisconsortes.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Litisconsórcio unitário e recurso. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et alli* (coord.). **O terceiro no Processo Civil brasileiro e assuntos correlatos**: estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 320.

⁴¹⁴ “Art. 116. O litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes.”. O dispositivo acolhe a forte crítica doutrinária ao artigo 47 do CPC/1973, que trazia texto semelhante para o litisconsórcio necessário: “Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo. Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.”

netos o efeito será o mesmo em caso de procedência: passará a constar em seus registros de nascimento que o investigado é seu avô. O que resta saber é se essa condição imporia que a demanda tivesse todos os supostos netos afetados no polo ativo.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, Márcia Dinamarco defende a excepcionalidade do litisconsórcio unitário facultativo: apenas com a previsão expressa em Lei é que ele se aplica⁴¹⁵. Isso porque, a partir da leitura do art. 47 do Código anterior, a autora entendia que o litisconsórcio necessário se dava em duas hipóteses: previsão legal ou unitariedade em decorrência da natureza da relação jurídica.

A unitariedade ainda parece atrair, como regra, a necessidade do litisconsórcio. Isso porque, como haverá a afetação da esfera jurídica de cada um dos potenciais litisconsortes, é indispensável que haja a sua participação no processo. A falta de citação de algum desses acarretará a nulidade da decisão, nos termos do art. 115, inciso I, do CPC/2015.

Todavia, não parece ser possível obrigar que algum dos filhos do falecido ajuíze a demanda contra o pretense avô⁴¹⁶. A figura do litisconsórcio necessário ativo é inviável, sob pena de prejudicar o direito de ação de qualquer dos netos pela inércia, desidiosa ou mesmo proposital, de seus irmãos.

Por outro lado, o interesse dos supostos netos, herdeiros da demanda, pode ser dúplice: eles podem tanto querer alterar o registro paterno, acrescentando-lhe o nome do pretense avô, como podem querer manter o *status quo*. A falta de iniciativa

⁴¹⁵ “Mas atente para o fato de que em todos os casos em que a relação jurídica posta em juízo é invariavelmente uma só e por isso não comporta soluções diferentes (unitariedade), mas permite que apenas um dos colegitimados ajuíze a demanda, ou seja demandado isoladamente (facultativo), tem que estar expresso em lei, pois caso contrário a necessidade se impõe (art. 47).” (DINAMARCO, Márcia Conceição Alves. Litisconsórcio necessário ativo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et alli* (coord.). **O terceiro no Processo Civil brasileiro e assuntos correlatos**: estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 378.)

⁴¹⁶ Em análise de diversas situações que, em princípio, indicariam a formação do litisconsórcio necessário ativo, Márcia Dinamarco (obra já citada) verificou que são dispensados, apesar da falta de um dispositivo genérico que impossibilite tal figura. Ainda, em caso análogo, na ação de contestação de paternidade *post mortem*, Willis Santiago Guerra Filho verificou que os Tribunais dispensam a necessidade de que todos os herdeiros do pai cuja paternidade se nega estejam presentes na demanda. Ver: GUERRA FILHO, Willis Santiago. Limites subjetivos da coisa julgada, direito ao contraditório, litisconsortes e terceiros em ações de estado. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et alli* (coord.). **O terceiro no Processo Civil brasileiro e assuntos correlatos**: estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 513.

dos colegitimados para ingressar com a investigação de relação avoenga pode, inclusive, indicar essa segunda postura.

O que é possível destacar, então, é que, uma vez proposta a demanda por um dos supostos netos, os seus irmãos podem ingressar tanto no polo ativo como no polo passivo.

A postura processual adequada é se reconhecer que é indispensável a citação, além do pretense avô, dos demais supostos netos que não ajuizaram a demanda de investigação da relação avoenga. Esses irmãos poderão assumir tanto a posição de assistentes litisconsorciais do polo ativo (CPC/15, art. 124⁴¹⁷), como poderão contestar a lide a fim de manter a certidão do falecido pai do jeito que se encontra.

Superado este imbróglio, resta discutir em quais hipóteses fáticas se deve reconhecer a relação avoenga.

Como já dito, o parentesco pode se dar por consanguinidade, socioafetividade ou adoção. A adoção não parece dar ensejo a maiores discussões no âmbito de uma ação investigatória, mas as duas primeiras situações certamente poderão ser objeto de debate com maior frequência.

Quanto à prova da consanguinidade, o exame de DNA servirá de base para estabelecer a filiação. No entanto, algumas dificuldades práticas podem exsurgir. A primeira diz respeito ao custo do exame: sabidamente a exumação de cadáver é procedimento altamente custoso e em geral não coberto pelo Estado, de modo que a perícia comparativa entre o DNA do pai pré-morto e o do avô se restringirá a partes mais abastadas. Outra questão se refere à precisão do exame: é possível fazer o exame de DNA diretamente entre os netos e o suposto avô, mas o distanciamento pode gerar algumas distorções. O exame atesta com quase cem por cento de certeza que se tratam de avô e neto do ponto de vista genético, mas não garante de qual dos

⁴¹⁷ “O art. 124 do CPC/2015, como já o fazia o art. 54 do CPC/1973, prevê a hipótese de o terceiro intervir defendendo direito próprio, em nome próprio. Essa condição *lhe* é atribuída, na medida em que tem ele relação jurídica direta e própria com o adversário do assistido. Poderia ter integrado antes a relação jurídica processual, mas não o fez. Por isso é que, sabidamente, o legislador permite o ingresso do terceiro no processo em que não é parte, *sempre que a sentença influir na relação jurídica entre ele o adversário do assistido*.” (SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. Título III – da Intervenção de Terceiros. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alli* (coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 408.)

filhos deste avô adveio o neto examinado⁴¹⁸. Deixem-se os problemas que podem surgir dessa mediatidade do exame para a riqueza de detalhes que a vida proporciona em seus mais diversos casos concretos que são submetidos ao Judiciário, mas já se pode delimitar que, como regra geral (sujeita eventualmente a exceções), o exame direto entre pretensos avós e netos indicará a existência de consanguinidade ou não entre o pai falecido e os avós.

Mais complexa será a demonstração da existência de vínculo socioafetivo, não consagrado registralmente, entre o avô e o pai falecido. Raramente os pretensos netos disporão de prova da posse de estado de filho pelo *de cuius*, ou ao menos de parte de seus requisitos, pois estes devem admitir flexibilização nos casos concretos, como já destacamos. No entanto, a via deve ser deixada em aberto.

Por fim, um último ponto de análise a ser colocado é a presença de um avô registral na certidão do pai. A situação ganha contornos semelhantes, porém com nuances próprias, à situação em que o filho já tem um pai no registro e há outro que potencialmente seria colocado.

Se as decisões do Superior Tribunal de Justiça parecem apontar no sentido de que o filho pode escolher entre filiação socioafetiva e biológica em ações de sua iniciativa⁴¹⁹, na falta de uma diretriz mais clara, a opção quanto à relação avoenga não deve ser tão livre.

⁴¹⁸ Ao menos é o que atestou Manoel Benevides em matéria publicada pela matéria da Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo. Ver: ARPEN-SP. DNA pode comprovar paternidade através dos avós. Disponível em: <http://www.arpensp.org.br/principal/index.cfm?tipo_layout=SISTEMA&url=noticia_mostrar.cfm&id=3710>. Publicado em 18 de abril de 2006. Último acesso em 31 de janeiro de 2016, às 15h45.

⁴¹⁹ Por todos, cita-se a seguinte decisão, cujo trecho destacado da ementa é reprodução da constante em outros julgados: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E NULIDADE DO REGISTRO CIVIL PROPOSTA PELA FILHA REGISTRAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. ADOÇÃO À BRASILEIRA. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO BIOLÓGICO QUE DEVE PREVALECER. SÚMULA 83/STJ. REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Não há que se falar em violação do art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido aprecia todos os argumentos suscitados pelo recorrente, sendo certo que o mero descontentamento da parte com o resultado do julgamento não configura negativa de prestação jurisdiccional. 2. **A “adoção à brasileira” não tem o condão de romper os vínculos civis entre o filho e os pais biológicos, os quais devem ser restabelecidos sempre que ele manifestar o desejo de desfazer o liame jurídico decorrente do registro ilegal, restabelecendo-se todos os consectários legais resultantes da paternidade biológica.** 3. As instâncias ordinárias julgaram procedentes os pedidos da filha registral, pois comprovada a paternidade do investigado, ora insurgente, cujo vínculo biológico deve prevalecer em detrimento da “adoção à brasileira” realizada pelos pais registraes, que, na realidade, são os seus avós paternos biológicos. Aplicação da Súmula 83/STJ. 4. É cediço o entendimento desta Corte de que o redimensionamento de verba honorária exige o revolvimento de fatos e provas dos autos, providência esta vedada no especial, em virtude do óbice do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de

Ora, aqui não se trata de uma pessoa que opta por dar prevalência à sua ascendência biológica ou à paternidade socioafetiva de quem lhe criou, mas sim seus filhos. Provavelmente sequer tiveram contato com esse pretense avô ou o tiveram de forma reduzida, considerando que o investigado não assumiu espontaneamente a sua paternidade em relação ao falecido e restou o nome de outra pessoa no registro.

Assim, de uma perspectiva mais condizente com os valores que pretende tutelar o Direito das Famílias, o que poderá justificar a demanda em face deste avô será o desejo de se ter uma história familiar, uma identidade e um sentimento de pertença. A partir daí é possível querer substituir o nome avoengo.

Justiça, compreensão esta relativizada apenas quando o valor fixado se mostrar irrisório ou exorbitante, o que não é o caso dos autos. 5. Agravo regimental desprovido.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 1417597/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, julgado em 05/11/2015, DJe 17/11/2015. **Grifamos**)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da relação avoenga passa pelo entendimento do que vem a ser o parentesco. Vimos que avós e netos só podem ser compreendidos como tais a partir da relação de filiação: o avô só o é por ser pai do pai e o neto, filho do filho.

Compreender o que significa qualificar uma relação como avoenga, portanto, perpassa pela noção de filiação. Mas para entender as mudanças que tais relações vêm sofrendo, é necessário ter por pressuposto básico de que elas não são um dado natural. Ao contrário, seu conteúdo se situa no terreno da cultura, o que permite compreender que varia de acordo com espaço, tempo e sociedade de que estamos falando.

Para traçar o panorama jurídico brasileiro da filiação e, por consequência, da relação avoenga, fizemos um traçado histórico da família. Se são adotados por referenciais temporais aproximados as mudanças no cenário político, podemos afirmar que, durante o Brasil-colônia, tivemos uma família extensa rural da Casa-Grande como referência, em que o chefe da família – comparável até mesmo ao *pater famílias* romano – mantinha em sua volta esposa, filhos, criados, agregados e muitos outros familiares. Assistiu-se, por influência europeia e por ascensão política das classes urbanas, a posterior aquisição de importância da família do Sobrado, que representou a nuclearização gradativa das famílias, ao passo que manteve seu caráter hierarquizado e patriarcal, com poder do homem sobre os filhos; este modelo é o que chegou ao Código Civil de 1916.

Atualmente, no entanto, viu-se uma alteração em diversos costumes sociais, no sentido de uma maior liberdade afetiva. A família passa a ser vista não como um fim em si mesma, mas um meio para se atingir a realização pessoal, o que leva a uma transformação na forma de se enxergar os relacionamentos familiares. Consagrado no plano jurídico através da Constituição da República, este é o modelo da família eudemonista.

Mas, para além da tônica na escolha das pessoas com quem se relacionar, deve-se buscar as possibilidades dentro da convivência do parentesco, superando o foco exclusivo na nuclearidade familiar. E, nesse sentido, as transformações sociais apontam para a relação avoenga como digna de especial atenção, pois diversos fatores convergem para o crescimento de sua importância.

A maior inserção da mulher no mercado de trabalho e o maior número de rupturas das relações de conjugalidade convergem para este aumento de importância dos avós, que, além de serem as figuras tradicionalmente afetuosas e de mimos, passam a exercer, de forma crescente, o papel de auxiliares e até substitutos nos cuidados parentais. É necessária uma maior reflexão acerca dessas relações, que traz consequências positivas tanto para avós como para os netos.

A reflexão jurídica, assim como as de outras áreas do conhecimento, em torno da relação avoenga deve perpassar as mudanças sofridas na família e nas normas jurídicas que sobre ela incidem.

A constitucionalização do Direito Civil, para além da abertura de outros saberes, conduz também à abertura promovida pelo reconhecimento da força normativa dos princípios e, em especial, a primazia das normas constitucionais.

Os reflexos da constitucionalização do Direito das Famílias começam desde o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, perpassando pelos princípios da igualdade e da liberdade, em suas facetas formal e substancial, bem como da solidariedade e sua leitura própria no Direito das Famílias, o princípio da afetividade – lido a partir de um viés objetivo –, imantado pelo valor jurídico do cuidado.

Um Direito que se propõe a reconhecer e proteger sujeitos desiguais, obrigando aqueles concretamente mais favorecidos a proteger e cuidar de seus pares, em especial nas relações de família, não pode ignorar a noção de vulnerabilidade.

Se vulnerabilidade, em certo sentido, é a aptidão para ser ferido ou morto, a sua aceção relevante para o Direito é a de que há grupos mais suscetíveis de terem seus direitos arrebatados ou lesados. Tal só foi possível com um Direito que não equiparava a todos como igualmente potentes, mas sim com o Direito contemporâneo, que tem especial preocupação com as desigualdades dos sujeitos concretos.

Destaca-se, nas relações de família, uma causa de vulnerabilidade ínsita aos sujeitos envolvidos, que é a idade. Neste sentido, pode-se identificar dois grupos: o de crianças e adolescentes, de um lado, e o de idosos, do outro. Os primeiros estão em especial fase de desenvolvimento e dependência, ao passo que os últimos se encontram em declínio de suas capacidades físicas e mentais e são alvo de mais forte estigmatização social. Por opção do constituinte, crianças e adolescentes gozam de prioridade absoluta, significando que seus interesses estão acima, ao menos em uma análise *prima facie*, de outros interesses juridicamente tutelados, ainda que legítimos e alvo de especial proteção, como os idosos, o que significa que, para que outros

interesses prevaleçam, deve-se comprovar a desproporcionalidade entre o benefício gerado ao infante ou adolescente e o sacrifício imposto ao interesse contraposto.

Se é verdade que as categorias crianças/adolescentes e idosos não guardam exata correspondência com os polos da relação avoenga, é certo que, em regra, os grupos estarão neles presentes ainda que não concomitantemente. O neto, ao nascer, será criança e, posteriormente, adolescente, enquanto o avô, ainda que não seja idoso quando do nascimento do descendente, virá a sê-lo se sua vida não for abreviada por algum motivo. Essa vulnerabilidade em ambos os lados da relação deve ser considerada na tutela jurídica das relações entre avós e netos.

Da relação avoenga decorrem diversos efeitos jurídicos. A convivência familiar é direito fundamental, especialmente destacado na Carta Magna para crianças e adolescentes, mas igualmente relevante para idosos. Seu reconhecimento jurídico já é teorizado de longa data e encontrou alguns julgados neste sentido, mas foi colocado estreme de dúvidas pela Lei n.º 12.398/2011. Sua importância para o desenvolvimento dos sujeitos, que podem ter contato com a história e a memória familiar, o que possibilita a formação de uma identidade, bem como o recebimento de afeto e cuidado, informa os mecanismos através do qual o Direito lhe dá amparo.

Especial destaque deve ser a tutela jurídica de situações de alienação avoenga. O combate à alienação parental, reconhecida nas disputas entre pais pela guarda dos filhos em rupturas conjugais, encontrou entusiastas em terras brasileiras, o que inclusive motivou a edição da Lei n.º 12.318/2010. Mas as disputas e seus efeitos negativos sobre crianças e adolescentes com certa frequência se estendem para além de um pai alienado e outro alienador, abrangendo terceiros envolvidos na disputa; nesse contexto, os avós exsurgem como figuras auxiliares ou covitimizadas nos processos de afastamento de seus netos. No entanto, não apenas nestes casos, pois também naqueles em que os avós não estão ligados a um dos pais no processo de alienação, mas sim são alijados ou afastam uma figura parental de forma autônoma. Por fim, cabe pensar também nas hipóteses em que idosos são alvos de campanhas de afastamento em relação aos netos, podendo ser manipulados em razão de vulnerabilidades concretas que lhes acomete.

A adoção por avós é vedada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. E assim é porque não se vislumbra reais benefícios ao adotando, requisito indispensável. Ora, se já há outras formas de regularizar juridicamente a colocação dos netos em núcleo familiar avoengo e se a relação avoenga representa por si só

uma posição valorizada dos avós, não parece haver ganhos ao adotando. E tal situação pode ser um simulacro de parentalidade, provocado pelos avós para excluir as figuras parentais. Vislumbra-se mais possibilidade de prejuízo e acirramento das disputas familiares com a permissão. No entanto, situações excepcionalíssimas podem justificar o afastamento da regra.

Acerca do direito aos alimentos, cabe asseverar que, invertendo-se a lógica do princípio da prioridade absoluta de crianças e adolescentes, os idosos gozam do benefício de poder demandar diretamente quaisquer parentes, incluindo netos, sem se submeter à regra de os alimentantes de grau mais próximo excluem os mais remotos. Ora, crianças e adolescentes não têm a mesma benesse, devendo buscar primeiramente de seus pais – ou demonstrar a impossibilidade destes – e, mesmo quando buscarem entre os avós, deverão analisar ambas as linhas, materna e paterna, para averiguar as possibilidades de contribuição, sob pena de insucesso na demanda.

Por fim, a investigação de relação avoenga não era reputada como um pedido juridicamente possível, por se considerar o caráter personalíssimo da investigação de paternidade. Não seria possível aos netos suplantar a inércia do pai para buscar o vínculo com o avô. Tal interpretação está sendo superada, com dois julgados do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. A reconfiguração da presunção *pater is est*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e responsabilidade**: teoria e prática do Direito de Família. Porto Alegre: Magister, 2010, p. 257-270.
- ALMEIDA, Ângela Mendes de. Notas sobre a família no Brasil. In: ALMEIDA, Ângela Mendes de *et alli* (org.). **Pensando a família no Brasil**: da colônia à modernidade. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1987, p. 53-66.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 7. Ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. **Teoria Geral do Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59-72.
- ARAÚJO, Mayeve Rochane Gerônimo Leite; DIAS, Cristina Maria de Souza Brito. Papel dos avós: apoio oferecido aos netos antes e após situações de separação/divórcio dos pais. In: **Estudos de psicologia**, Natal, v. 7, n. 1, p. 91-101, 2002.
- ARRAIS, Alessandra da Rocha *et al.* O lugar dos avós na configuração familiar com netos adolescentes. In: **Kairós gerontologia**, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 159-176, mar. 2012.
- BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A família na travessia do milênio**: anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM; Del Rey, 2000, p. 201-214.
- _____. O princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 57-72.
- _____. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Cuidado & vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 106-118.
- BARRIENTOS-PARRA, Jorge. O Estatuto da Juventude: instrumento para o desenvolvimento integral dos jovens. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 163, p. 131-151, jul./set. 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BARSTED, Leila Linhares. Permanência ou mudança? O discurso legal sobre a família. In: ALMEIDA, Ângela Mendes de (org.). **Pensando a família no Brasil**: da colônia à modernidade. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1987, p. 103-113.
- BASTOS, Maria Ísis Boll de Araujo; CAMPOS, Carolinne Pinheiro. **O idoso como vítima de alienação parental**: nova possibilidade interpretativa do art. 2º da Lei n.º 12.318/2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fa873e7f272a69e1>>. Acesso em 13 de agosto de 2015, às 01h28.

- BENETTI, Sidnei Agostinho. Avós. In: LAGRASTA NETO, Caetano; SIMÃO, José Fernando (coord.). **Dicionário de Direito de Família: A-H**. São Paulo: Atlas, v. 1, 2015, p. 126-130.
- BERNARDES, Lígia da Fonseca. **Violência física intrafamiliar contra crianças: os sentidos atribuídos por três gerações**. 2011. 151 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) Universidade Católica do Goiás, Goiânia. 2012.
- BERRYMAN, Julia C. *et alli*. **A psicologia do desenvolvimento humano**. (Traduzido por Maria Fernanda Oliveira.) Lisboa: Instituto Piaget, 2002.
- BIRCHAL, Alice. A relação processual dos avós no Direito de Família. In: PEREIRA, Roderigo da Cunha (coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 41-60.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, v. 1, 2012.
- BITTENCOURT, Sávio. **A nova Lei de Adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOCK, Ana Mercês Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. **Psicologias: uma introdução ao estudo de psicologia**. 13. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BOFF, Leonardo. Justiça e cuidado: opostos ou complementares? In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1-12.
- _____. **Saber cuidar: ética do humano – compaixão pela terra**. Petrópolis: Vozes, 2011.
- BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 11. ed. (Traduzido por Maria Helena Kühner.) Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.
- BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de Direito do Idoso**. São Paulo: Atlas, 2011.
- BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, v. 1, 2015.
- _____. **Direito Penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da Filosofia da Linguagem**. 2. ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.
- CABRERA, Carlos Cabral; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos da criança, do adolescente e do idoso: doutrina e legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- CALDERÓN, Ricardo Lucas. Afetividade. In: LAGRASTA NETO, Caetano; SIMÃO, José Fernando (coord.). **Dicionário de Direito de Família: A-H**. São Paulo: Atlas, v. 1, 2015, p. 39-42.
- _____. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
- CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- CAMARANO, Ana Amélia *et alli*. Famílias: espalho de compartilhamento de recursos e vulnerabilidades. In: CAMARANO, Ana Amélia. **Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?** Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 137-167.
- CAMARANO, Ana Amélia; KANSO, Solange; MELLO, Juliana Leitão e. Como vive o idoso brasileiro. In: CAMARANO, Ana Amélia. **Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?** Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 25-73.

- CARBONERA, Silvana. Aspectos históricos e socioantropológicos da família brasileira: passagem da família tradicional para a família instrumental e solidarista. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **Direito das Famílias por juristas brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33-66.
- CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**: efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014.
- CAVALCANTE, João Paulo Braga; CAVALCANTE, Peregrina de Fátima Capelo. **Subcultura, juventude e autolesão**: uma contribuição sociológica acerca do comportamento autodestrutivo. In: ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE SOCIOLOGÍA. **Acta científica XXIX Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología**. Santiago: ALAS, 2013. Disponível em: <http://actacientifica.servicioit.cl/biblioteca/gt/GT26/GT26_BragaCavalcante_CapeloCavalcante.pdf>. Último acesso em 27 de dezembro de 2015, às 18h26.
- CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: do direito de família (arts. 1.591 a 1.710). São Paulo: Saraiva, v. 18, 2004.
- CIOSAK, Suely Itsuko *el alli*. Senescência e senilidade: novo paradigma na atenção básica de saúde. In: **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, São Paulo, v. 45, n. especial 2, p. 1763-1768, 2011.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Brasil já realizou 3,7 mil casamentos entre pessoas do mesmo sexo**. Brasília: CNJ, 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79374-brasil-ja-realizou-3-7-mil-casamentos-entre-pessoas-do-mesmo-sexo>>. Publicado em 15 de maio de 2015. Último acesso em 29 de novembro de 2015, às 12h32.
- CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 31-56.
- _____. As quatro fundações do Direito Civil: ensaio preliminar. In: **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 45, p. 99-102, 2006
- COSTA, Pietro. A soberania na cultura político-jurídica medieval: imagens e teorias. In: _____. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010, p.99-124.
- _____. Democracia, política e Estado Constitucional. In: _____. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010, p. 241-274.
- DEBERT, Grita Grin. **A reinvenção da velhice**: socialização e processos de reprivatização do envelhecimento. São Paulo: USP, 1999.
- DEBERT, Grita Grin. Velhice e o curso da vida pós-moderno. **Revista USP**, São Paulo, n. 49, p. 70-81, jun./ago. 1999. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/42/06-guitagrin.pdf>>. Último acesso em 30 de dezembro de 2015, às 12h30.
- DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS – POPULATION DIVISION. **World population ageing 2013**. New York: United Nations, 2013. Disponível em: <<http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/ageing/WorldPopulationAgeing2013.pdf>>. Último acesso em 25 de janeiro de 2015, às 17:34.

- DIAS, Cristina Maria de Souza Brito; SILVA, Márcia Andréa Souza e. Os avós na perspectiva de jovens universitários. In: **Psicologia em estudo**, Maringá, v. 8, n. especial, p. 55-62, 2003.
- DIAS, Maria Berenice. **Alimentos aos bocados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013
- _____. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2010.
- DINAMARCO, Márcia Conceição Alves. Litisconsórcio necessário ativo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et alli* (coord.). **O terceiro no Processo Civil brasileiro e assuntos correlatos**: estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 377-382.
- DUTHEIL-WAROLIN, Lydie. **La notion de vulnérabilité de la personne physique en Droit Privé**. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Faculté de droit et de sciences économiques. Université de Limoges. Limoges. 2004.
- EAGLETON, Terry. **Ideologia**: uma introdução. (Traduzido por Luís Carlos Borges Silvana Vieira.) São Paulo: UNESP, 1997.
- FACHIN, Luiz Edson. A filha das estrelas em busca do artigo perdido. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/7828-7827-1-PB.doc>>. Último acesso em 30/05/2014, às 13h25.
- _____. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. Reflexões sobre risco e hiperconsumo. In: OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de; XAVIER, Luciana Pedrosa (org.). **Repensando o Direito do Consumidor III**: 25 anos de CDC: conquistas e desafios. Curitiba: OABPR, 2015, p. 38.
- FACHIN, Rosana Amara Girardi. Do parentesco e da filiação. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 143.
- _____. **Em busca da família do novo milênio**: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FALCÃO, Deusivânia Vieira da Silva; SALOMÃO, Nádia Maria Ribeiro. O papel dos avós na maternidade adolescente. In: **Estudos de psicologia**, Campinas, v. 22, n. 2, p. 205-212, abr./jun. 2005.
- FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. **La notion de vulnérabilité et la consécration par le droit**. Disponível em: <www.pug.fr/extract/show/107>. Último acesso em 15 de dezembro de 2015, às 20h40.
- FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011.
- FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 51. ed. rev. São Paulo: Global, 2006.
- _____. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado e desenvolvimento do urbano. 15. ed. rev. São Paulo: Global, 2004.
- FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFANCIA. **Adolescência**: uma fase de oportunidades: Caderno Brasil. New York: UNICEF, 2011. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/br_cadernoBR_SOWCR11\(3\).pdf](http://www.unicef.org/brazil/pt/br_cadernoBR_SOWCR11(3).pdf)>. Último acesso em 29 de dezembro de 2015, às 17h17.

- G1. **Em 50 anos, percentual de idosos mais que dobra no Brasil.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/em-50-anos-percentual-de-idosos-mais-que-dobra-no-brasil.html>>. Publicado em 30 de abril de 2012. Último acesso em 29 de novembro de 2015, às 11h56.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2011.
- GIMENO, Adelina. **A família: o desafio da diversidade.** (Traduzido por Chrys Chrystello.) Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- GISERMAN, Cesar; SEIXAS, Tatiana Rocha. O direito de visitação dos avós: a importância da manutenção dos vínculos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **O cuidado como valor jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 163-177.
- GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GOULART FILHO, Antonio Cezar Quevedo. **A participação da família natural na adoção.** 2012. 110 f. Monografia (Graduação em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2012.
- _____. Apontamentos críticos às violações de Direitos Humanos dos idosos. No prelo.
- GRAVENISH, Brenda A.; THOMSON, Elizabeth. Marital disruptions and grandparent relationships. In: CENTER FOR DEMOGRAPHY AND ECOLOGY. **A national survey of families and households.** Madison: University of Wisconsin-Madison, 1996. Disponível em: <<http://www.ssc.wisc.edu/cde/nsfhwp/nsfh74.pdf>>. Último acesso em 30 de novembro de 2015, às 03h15.
- GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- GROENINGA, Gisele. Um caleidoscópio de relações. In: GROENINGA, Gisele; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família e Psicanálise: rumo a uma nova epistemologia.** Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 125-142.
- GROSMAN, Cecilia Paulin; HERRERA, Marisa. Una intersección compleja: ancianidad, abuelidad y Derecho de Familia. In: **Oñati sócio-legal series**, Oñati, v.1, n. 8, p. 1-29, 2011.
- GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade.** 2. ed. rev. e amp. (Traduzido por Arno Dal Ri Jr.) Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Limites subjetivos da coisa julgada, direito ao contraditório, litisconsortes e terceiros em ações de estado. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et alli* (coord.). **O terceiro no Processo Civil brasileiro e assuntos correlatos: estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 509-517.
- GUZMAN, Lina. The use of grandparents as child care providers. In: CENTER FOR DEMOGRAPHY AND ECOLOGY. **A national survey of families and households.** Madison: University of Wisconsin-Madison, 1999. Disponível em: <<http://www.ssc.wisc.edu/cde/nsfhwp/nsfh84.pdf>>. Último acesso em 29 de novembro de 2015, às 22h17.
- HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha *et al.* O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme

- de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 123-140.
- HILLESHEIM, Betina; GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima. De que infância nos fala a psicologia do desenvolvimento? Algumas reflexões. In: **Psicologia da educação**, São Paulo, n. 25, p. 75-92, 2º semestre de 2007.
- HIRSCHFELD, Adriana Kruchin. A adoção pelos avós. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1-21.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 27-97.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil 2011**. Rio de Janeiro: IBGE, v. 38, 2012.
- _____. **Estatísticas do Registro Civil 2013**. Rio de Janeiro: IBGE, v. 40, 2013.
- _____. **Estatísticas do Registro Civil 2014**. Rio de Janeiro: IBGE, v. 41, 2014.
- JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. Guarda, tutela e adoção no estatuto da criança e do adolescente. Principais aspectos. In: **Revista de direito privado**, São Paulo, n. 5, p. 24-71, jan./mar. 2001.
- KREUZ, Sérgio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento constitucional**. Curitiba: Juruá, 2012.
- LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 14. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Alienação parental: do mito à realidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. Prestação alimentícia dos avós: a tênue fronteira entre obrigação legal e dever moral. In: _____. **Estudos de Direito de Família e pareceres de Direito Civil: em homenagem à Dra. Regina Bilac Pinto, a “Grande Dama” da editoração jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 247-273.
- _____. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, v. 1, 1991.
- LÉPORE, Paulo Eduardo; RAMIDOFF, Mário Luiz; ROSSATTO, Luciano Alves. **Estatuto da Juventude comentado: Lei n. 12.852/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropología estructural**. (Traduzido por Eliseo Verón.) Buenos Aires: Paidós, 1987.
- _____. **As estruturas elementares do parentesco**. (Traduzido por Mariano Ferreira.) Petrópolis: Vozes, 1982.
- _____. Introdução à obra de Marcel Mauss. In: MAUSS, Marcel. **Sociologia e antropologia**. (Traduzido por Paulo Neves.) São Paulo: Cosac Naify, 2003, p. 11-45.
- _____. La familia. In: SPIRO, Melford Elliot (org.). **Polemica sobre el origen y la universalidad de la familia**. Barcelona: Anagrama, 1974, p. 7-49.
- LINS DE BARROS, Myriam. **Autoridade & afeto: avós, filhos e netos na família brasileira**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1987.
- LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. ALVES, Leonardo Barreto

- Moreira (org.). **Leituras complementares de Direito Civil**: Direito das Famílias: Em busca da consolidação de um novo paradigma baseado na dignidade, no afeto, na responsabilidade e na solidariedade. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 51-72.
- _____. **Direito Civil**: Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 101-129.
- LOPES, Ewellyne Suely de Lima; NERI, Anita Liberalesso; PARK, Margareth Brandini. Ser avós ou ser pais: os papéis dos avós na sociedade contemporânea. In: **Textos sobre envelhecimento**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2005. Disponível em: <http://revista.unati.uerj.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-59282005000200006&lng=pt&nrm=iso#11>. Último acesso em 03 de fevereiro de 2016, às 22h14.
- LUDWIG, Frederico Antônio Azevedo. **O princípio do afeto e a relação entre avós e netos por afinidade**. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12759&revista_caderno=14>. Último acesso em 27 de novembro de 2015, às 01h38.
- MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. (Traduzido por Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo.) Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MACHADO, Carlos Augusto Ribeiro. A Antiguidade tardia, a queda do Império Romano e o debate sobre o “fim do Mundo Antigo”. In: **Revista de História**, São Paulo, n. 173, p. 81-114, jul./dez. 2015.
- MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Guarda. In: _____ (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 219-244.
- MADALENO, Rolf. A execução de alimentos e o cumprimento de sentença. In: _____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família**: processo, teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 247.
- _____. **Curso de Direito de Família**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- _____. O filho do avô. In: _____. **Repensando o Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 129-142.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARTINS, Rosa; VITOR, Paula Távora. A propósito do “direito de visita” dos avós no contexto português: algumas reflexões acerca do seu fundamento e natureza jurídica. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 207-217.
- MATOS, Ana Carla Harmatiuk. As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MATTIA, Fábio Maria de. Direito de visita de avô. In: **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n. 15, p. 15-22, jan./mar. 1981.
- MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 92.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. atual. (13ª tiragem.) São Paulo: Malheiros, 2006.
- MELLO, Marcos Bernardes de. Sobre a classificação do fato jurídico da união estável. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (coord.). **Famílias no direito contemporâneo**: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 143-163.
- MELLO, Sylvia Leser de. Classes populares, família e preconceito. In: **Psicologia USP**, São Paulo, v. 3, n. 1-2, p. 123-130, 1992.
- MERRIAM-WEBSTER. **Ageism**. Disponível em: <<http://www.merriam-webster.com/dictionary/ageism>>. Último acesso em 03 de fevereiro de 2016, às 03h47.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência contra idosos: relevância para um velho problema. In: **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v.19, n.3, p. 783-791, 2003.
- MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira. A prática do ato infracional. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 971-1090.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 118-139.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Litisconsórcio unitário e recurso. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et alli* (coord.). **O terceiro no Processo Civil brasileiro e assuntos correlatos**: estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 320-323.
- NASSAR, Elody Boulhosa. **Previdência social na era do envelhecimento**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- OLIVEIRA, Alessandra Ribeiro Ventura. **Avosidade**: visão das avós e de seus netos. 2012. 71 f. Dissertação (Mestrado em Gerontologia) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Gerontologia, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2009.
- OLIVEIRA, Alessandra Ribeiro Ventura; VIANNA, Lucy Gomes; CARDENAS, Carmen Jansen de. Avosidade: visões de avós e de seus netos no período da infância. In: **Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia**, Rio de Janeiro, n. 13, v. 3, p. 461-474, 2010.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 4. ed.. Curitiba, Juruá, 2003.
- OSORIO, Agustín Requejo. Os idosos na sociedade actual. In: _____; PINTO, Fernando Cabral (coord.). **As pessoas idosas**: contexto social e intervenção educativa (Traduzido por Susana Silva e Rui Martins). Lisboa: Piaget, 2007, p. 17-46.
- PARRA-BARRIENTO, Jorge. O Estatuto da Juventude: instrumento para o desenvolvimento integral dos jovens. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 163, p. 131-152, jul./set. 2004.
- PEIXOTO, Clarice Ehlers. Avós e netos na França e no Brasil: a individualização das transmissões afetivas e materiais. In: PEIXOTO, Clarice Ehlers; SINGLY, François de; CICCHELLI, Vincenzo (org.). **Família e individualização**. (Traduzido por Ângela Xavier de Brito.) Rio de Janeiro: FGV, 2000, p. 95-111.

- PEIXOTO, Clarice Ehlers; LUZ, Greice Mattos. De uma morada a outra: processos de re-coabitação entre as gerações. In: **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 29, p. 171-191, jul./dez. 2007.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. Pai, por que me abandonaste? In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; GROENINGA, Giselle Câmara (coord.). **Direito de Família e Psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 219-228.
- PEREIRA, Tânia da Silva. A colocação em família substituta: guarda, tutela e adoção. In: _____. **Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 225-275.
- _____. Adoção. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 371-420.
- _____. O “melhor interesse da criança”. In: _____. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1-101.
- _____. O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 207-218.
- PEREZ, Elizio Luiz. Breves comentários acerca da Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010). In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 61-94.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.
- PERROT, Michelle. O nó e o ninho. In: VEJA. **Veja 25 anos: reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, 1995, p. 75-81.
- PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. A importância de uma Teoria (Geral) do Direito Civil. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). **Manual de Teoria Geral do Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 143-162.
- _____. Dignidade da pessoa humana. In: CLÈVE, Clémerson Merlin (coord.). **Direito Constitucional brasileiro: teoria da Constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2014, p. 169-188.
- _____. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011.
- PIMENTEL, Helen Uihôa. O casamento no Brasil Colonial: um ensaio historiográfico. In: **Em tempos de histórias**, Brasília, n. 9, p. 20-38, 2005.
- PINTO, Meyre Eiras de Barros. **Velhice, dependência e cuidado: perspectiva psicossocial**. Londrina: UEL, 2005.
- POLETTI, Letícia Borges. A (des)qualificação da infância: a história do Brasil na assistência dos jovens. FÓRUM DE COORDENADORES DE PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM EDUCAÇÃO. **IX Reunião da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Educação – Região Sul**. Caxias do Sul: FORPRED, 2012. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/conferencias/index.php/anpedsul/9anpedsul/paper/view/1953/329>>. Último acesso em 29 de dezembro de 2015, às 08h54.

- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial, tomo IX: Direito de família: direito parental, direito protetivo. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, s.d..
- QUEIROZ, Clodoaldo de Oliveira. Os direitos fundamentais do idoso. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org.). **Doutrinas Essenciais**: Direitos Humanos: Grupos vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2011, p. 815-854.
- QVORTRUP, Jens. Nove teses sobre a “infância como um fenômeno social”. (Traduzido por Maria Letícia Nascimento.) In: **Pró-Posições**, v. 22, n.1, p. 199-211, jan./abr. 2011.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RENAUT, Alain. **A libertação das crianças**: a era da criança cidadão: contribuição filosófica para uma história da criança. (Traduzido por Ana Rabaça.) Lisboa: Instituto Piaget, 2002.
- ROBERTO, Magda Sofia; FIDALGO, António; BUCKINGHAM, David. O papel da solidariedade intergeracional no âmbito da literacia digital. In: **Kairós gerontologia**, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 09-25, jun. 2014.
- RODRIGUES, Renata de Lima. A proteção dos vulneráveis: perfil contemporâneo da tutela e da curatela no sistema jurídico brasileiro. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **Direito das Famílias por juristas brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 641-669.
- ROSENVALD, Nelson. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de Direito das Famílias**. IBDFAM, 2013, p. 731-800.
- RUBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. (Traduzido por Ivone Fernandes Morcillo Lixa e Helena Henkin.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- SAAD, Paulo Murad. Transferência de apoio intergeracional no Brasil e na América Latina. In: CAMARANO, Ana Amélia (org.). **Os novos idosos brasileiros**: muito além dos 60? Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 169-209.
- SALLES, Leila Maria Ferreira. Infância e adolescência na sociedade contemporânea: alguns apontamentos. In: **Estudos de psicologia**, Campinas, n. 22, v. 1, p. 33-41, jan./mar. 2005.
- SAMARA, Eni de Mesquita. Tendências atuais da história da família no Brasil. In: ALMEIDA, Ângela Mendes de *et alli* (org.). **Pensando a família no Brasil**: da colônia à modernidade. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1987, p. 25-36.
- SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. Título III – da Intervenção de Terceiros. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alli* (coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 398-409.
- SANTOS, Figueiredo; ENCARNAÇÃO, Fernando. **Modernidade e gestão da velhice**. Faro: Centro Regional de Segurança Social do Algarve, 1997
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do Crime**. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- SARTI, Cynthia Andersen. “Deixarás pai e mãe”: notas sobre Lévi-Strauss e a família. In: **Anthropológicas**, Recife, v. 16, n. 1, p. 31-52, 2005.
- SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores hipervulneráveis**: a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014.
- SCHOEN-FERREIRA, Teresa Helena; AZNAR-FARIAS, Maria; SILVARES, Edwiges Ferreira de Mattos. Adolescência através dos séculos. In: **Psicologia**: teoria e pesquisa, Brasília, vol. 26, n. 2, p. 227-234, abr./jun. 2010.

- SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: _____. **Direito civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 5-24.
- _____. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.
- SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis**: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SEREJO, Lourival. Direito dos avós. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 25, ano 13, dez./jan. 2012, p. 65-76.
- SILVA, Carla Regina; LOPES, Roseli Esquerdo. Adolescência e juventude: entre conceitos e políticas públicas. In: **Cadernos de Terapia Ocupacional da UFSCar**, São Carlos, v. 17, n. 2, p. 87-106, jul./dez. 2009.
- SILVA, Denis Franco. BARLETTA, Fabiana Rodrigues. Solidariedade e tutela do idoso: o direito aos alimentos. In: PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo *et alli*. **Direito Civil Constitucional**: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 453-466.
- SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. **Direito do idoso**: tutela jurídica constitucional. Curitiba: Juruá, 2012.
- SILVA, Roberto da. A construção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil. In: SILVA, Enid Rocha Andrade da (Coord.). **O direito à convivência familiar e comunitária**: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004, p. 287-302.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2)**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>. Último acesso em 26 de fevereiro de 2016, às 05h02.
- _____. **Sobre poligamia e escritura pública, doutrina que afaga é a mesma que apedreja**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-25/processo-familiar-poligamia-escritura-publica-doutrina-afaga-mesma-apedreja#_ftn2>. Publicado em 25 de outubro de 2015. Último acesso em 26 de novembro de 2015, às 22h59.
- SIQUEIRA, Neus Valadares; GONÇALVES, Ailton de Souza. O casamento nas Constituições de 1824 e 1891, na disputa entre o poder civil e o eclesiástico. In: **Ciência da religião**: história e sociedade, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 138-152, 2013.
- SMITH, Peter K.; DREW, Linda M.. Grandparenthood. In: BORNSTEIN, Marc H. (org.). **Handbook of parenting**: being and becoming a parent. 2. ed. London: Lawrence Erlbaum Associates, v. 3, 2002, p. 141-172.
- SOBRINHO, Helson Flávio da Silva. A negação da velhice: uma discursividade ancorada na memória. In: **Estudos linguísticos**, n. 34, p. 241-246, 2005. Disponível em: <<http://www.gel.org.br/estudoslinguisticos/edicoesanteriores/4publica-estudos-2005/4publica-estudos-2005-pdfs/a-negacao-da-velhice-874.pdf?SQMSESSID=a38ffc79c82bcbe561e1c641326fd16c>>. Último acesso em 30 de dezembro de 2015, às 13h35.
- SULLEROT, Evelyne. **A família**: Da crise à necessidade. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

- TARTUCE, Flávio. Dos alimentos familiares no Novo Código de Processo Civil: o novo tratamento da prisão civil. In: _____. **O Novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 434-435.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A tensão entre ordem pública e autonomia privada no Direito de Família contemporâneo. In: _____. **O Direito das Famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 89-115.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima de. Fundamentos principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso. In: **Revista brasileira de Direito de Família**, n. 26, p. 18-34, out./nov. 2004.
- TEIXEIRA, Daniele Chaves. Os direitos e deveres dos avós. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **Direito das Famílias por juristas brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 491.
- TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: _____. **Temas de direito civil**. 2. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 349-368.
- _____. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: _____. **Temas de direito civil**: tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 201-226.
- _____. A tutela da personalidade no ordenamento civil constitucional brasileiro. In: _____. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, t. 1, 2004, p. 23-58.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**: Parte Geral e Obrigações (arts. 1º a 420). 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, 2007.
- TERRA, Newton Luiz *et alli*. **Geriatría moderna para leigos**. Porto Alegre: Leitura XXI, 2007.
- TERUYA, Marisa Tayra. A família na historiografia brasileira: bases e perspectivas teóricas. In: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS POPULACIONAIS. **Anais do Encontro Nacional de Estudos Populacionais**: População e História. São Paulo: ABEP, 2000. Disponível em: <<http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/A%20Fam%C3%ADlia%20na%20Historiografia%20Brasileira....pdf>>. Último acesso em 21 de novembro de 2015, às 21h12.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. A família conjugal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 133-190.
- VELHO, Gilberto. Família e subjetividade. In: ALMEIDA, Ângela Mendes de *et alli* (org.). **Pensando a família no Brasil**: da colônia à modernidade. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1987, p. 79-87.
- VITALE, Maria Amalia Faller. Avós: velhas e novas figuras da família contemporânea. In: ACOSTA, Ana Rojas; VITALE, Maria Amalia Faller (org.). **Família**: redes, laços e políticas públicas. 5. Ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 93-105.
- VITTORINO, Andreoli. **L'uomo di vetro**: la forza della fragilità. Milano: Rizzoli, 2008.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Young people's health**: a challenge for society. Geneva: WHO, 1986. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/41720/1/WHO_TRS_731.pdf>. Último acesso em 28 de dezembro de 2015, às 00h18.

- ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea**: uma perspectiva interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ZUCULOTO, Patrícia Carla Silva do Vale; CHAVES, Antonio Marcos. Significados de infância na história: contribuições da história e da psicologia. In: MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos; RABINOVICH, Elaine Pedreira (org.). **Família e parentalidade**: olhares da psicologia e da história. Curitiba: Juruá, 2011, p. 95-113.